# الإستحسان
# ونماذج من تطبيقاته في الفقه الأسلامي

د.فاروق عبدالله

# الباب الأول

# حقيقة الإستحسان

# تعريفه ، عناصره ، تكييفه

فيه أربعة فصول :

الفصل الأول : تعريف الإستحسان

الفصل الثاني: حقيقة المراد بالقياس الجلي والقياس الخفي والمعدول عنه والمعدول اليه.

الفصل الثالث : الباعث على العدول من القياس الى الإستحسان (وجه العدول)

الفصل الرابع: تكييف الإستحسان وقضايا أخرى متعلقة بذلك.

# الفصل الأول
## تعريف الإستحسان

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: معنى الإستحسان في اللغة.

المبحث الثاني: الإستحسان في اصطلاح الأصوليين.

**تمهيد**

الظاهر أنه لم يرد عن الإمام أبي حنيفة ولا عن الإمام مالك تعريف للإستحسان يعبر عن حقيقته ويحدد المراد به، حيث لم أجد في حدود المصادر المتوفرة للحنفية والمالكية ما يشير الى وجود تعريف من قبلهما للإستحسان مما يقوي الظن بعدم صدور تعريف للإستحسان عنهما، ولعل السبب في ذلك يعود الى ما يأتي:

أولاً: أن عصرهم ذاك كان عصر الاستنباط لا عصر المصطلحات، إذ أن الائمة وجهوا اهتمامهم صوب استنباط الأحكام للوقائع من النصوص، ولم يروا حاجة داعية الى رسم المصطلحات أو حدها.

ثانياً: أن الإستحسان يتألف من أنواع بحسب الدليل المعدول عنه، أو المعدول اليه، ولم تعرف هذه الأنواع الا من ممارسة جزئيات المسائل التي تكلم فيها الأئمة، وحصر تلك المسائل تحت عنوان معين له حدوده ومعالمه إنما كان بعد تمييز قواعد الأصول وافرادها بعلم مستقل بها، ولم يكن هذا قد تم في عهد الإمامين أبي حنيفة ومالك.

وعلى أية حال فإن شأن الإستحسان في ذلك شأن كثير من المصطلحات التي لم يتم تعريفها من قبل الأئمة والعلماء المتقدمين.

وما تقدم كان له أثره الواضح في عدم اتفاق القائلين بالإستحسان على تعريف معين له، فقد اختلفت فيه عباراتهم، فكانت الحصيلة وجود تعريفات كثيرة تجاوزت عشرين تعريفاً، وعلى الرغم من وجود تشابه بين بعض منها إلا أني رأيت ضرورة أيراد اكثرها، وذلك بغية بيان ما للعلماء

من ملاحظات حولها، ذلك لأن هذه الملاحظات تمهد لفهم أوضح لكثير من الأمور المتعلقة بالإستحسان والتي ترد في الفصول والمباحث اللاحقة.

وبالنظر لكثرة هذه التعريفات آثرت تخصيص الفصل الأول لها مقسما أياه على مبحثين:

المبحث الأول: معنى الإستحسان في اللغة

المبحث الثاني: الإستحسان في اصطلاح الأصوليين.

## المبحث الأول
## معنى الإستحسان في اللغة

الإستحسان لغة : استفعال من حسن[1] .

والحسن لغة: هو الجمال.

ومن مشتقاته: الحسنى وهو ضد السوأى، يطلق ويراد به العاقبة الحسنة والظفر والشهادة.

والحسنة ضد السيئة .

وبهذا فإن الحسن ضد السيء[2].

هذا بخصوص الحسن، وأما الإستحسان فقد قيل فيه ما يأتي:

آ. هو ما يميل اليه الإنسان ويهواه ، حسياً كان هذا الشيء أو معنوياً، وإن كان مستقبحاً عند الغير[3].

---

([1]) أنظر مثلا : كشف الأسرار على أصول البزدوي : 2/4 .

([2]) القاموس المحيط: 213/4-214 .

([3]) الصحاح في اللغة: 3650/2, وتاج العروس 177/9 .

ب. قال في قاموس المحيط:

هو عد الشيء حسناً[1].

وقال الجرجاني:

هو عد الشيء واعتقاده حسنا[2].

ج. هو اعتقاد الشيء حسنا سواء كان علما أو جهلاً[3]

قال نجم الدين الطوفي[4].

(الإستحسان بحسب المعرفة واللغة هو : أعتقاد الشيء حسناً) وأردف قائلا: (وأنما قلنا أعتقاد الشيء حسنا ولم نقل العلم بكون الشيء حسنا، لأن الاعتقاد لا يلزم منه العلم الجازم المطابق لما في نفس الأمر إذ قد يكون الأعتقاد صحيحا إذا طابق الواقع وقد يكون فاسدا إذا لم يطابق ، وحينئذ: قد يستحسن الشخص شيئا بناء على أعتقاده ولا يكون حسنا في نفس الامر وقد يخالفه غيره في استحسانه ، ولو قلنا: العلم بكون الشيء حسنا لخرج منه ما ليس حسنه حقاً في نفس الأمر، وإذا قلنا اعتقاد الشيء حسنا تناول ذلك).

د. قال أبو زيد الدبوسي والسرخسي[4]، الإستحسان هو:

(وجود الشيء حسنا ، يقال : استحسنته ، أي: اعتقدته حسناً، وضده : الاستقباح: يقال استقبحته ، أي: اعتقدته قبيحاً).

---

([1]) انظره: 214/4, والتلويح: 81/2و وكشف الأسرار: 2/4

([2]) التعريفات: 18.

([3]) انظر:البحر المحيطللزركشى :87/6 .

([4]) انظر :شرح مختصر الروضة :195/3 .

([5]) تقويم اصول الفقه: مخطوط, ورقة 834, واصول السرخسي: 200/2.

وعلى هذا فإن معنى قولهم . وجود الشيء حسنا هو: وجود الشيء حسنا في اعتقاد المستحسن، ولا يشترط كونه كذلك في واقع الأمر.

وذكر السرخسي معنى أخر للإستحسان وهو:
(طلب الاحسن للاتباع الذي هو مأمور به) .

وظاهر هذا يدل على أن الشيء المستحسن حسن في واقع الأمر، ومما يؤيد ذلك أنه ذكر هذا المعنى مستقلا عن المعنى الذي سبقه.

واستشهد السرخسي لهذا المعنى بقوله تعالى: (فبشر عباد الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه اولئك الذين هداهم الله وأولئك هم أولوا الألباب)[1].

وإنما قلت : استشهد للمعنى بالأية، لأنه ذكر المعنى أولا، وفي ذلك أشارة –على ما يبدو لي – الى أن الشرع لا يأمر إلا بما هو حسن بالفعل، فلو أنه قال عقب الأية لكان تفسيرا للاية، ولما كان فيه الإشعار الذي ذكرته.

هـ. يقول الكاساني[2]:

(الإستحسان يذكر ويراد به كون الشيء على صفة الحسن، ويذكر ويراد به: فعل المستحسن ، وهو: رؤية الشيء حسناً ، يقال: استحسنت كذا، أي رأيته حسناً).

---

([1]) بعض من الأية 17 من سورة الزمر و والأية 18

([2]) بدائع الصنائع: 118/5

ويبدو لي أن الكاساني بكلامه هذا المعنيين الذين سبق ذكرهما وهما:

أولاً: كون الشيء حسنا في واقع الأمر.

ثانياً: رؤية الشيء حسنا بقطع النظر عن كونه حسنا في واقع الأمر أولاً.

**<u>المعاني اللغوية لصيغة الإستفعال:</u>**

نقل إبن العربي قول القاضي الإمام بأن كلمة استفعل في لسان العرب تأتي لمعان عدة وهي[1]:

آ. استفعل بمعنى: طلب الفعل: يقال: استحملت فلانا: أي طلبت منه حملاناً.

وهذا موافق للمعنى الثاني الذي ذكره السرخسي على المذكور آنفا.

ب. بمعنى : أعتقد ، يقال : استسهلت هذا الأمر ، أي اعتقدته سهلاً أو وجدته سهلاً ، ويقال : استعظمته ، أي اعتقدته عظيماً.

وقد ورد أن الإستحسان هو أعتقاد الشيء حسنا.

جـ. بمعنى : إصابة الفعل: كقولنا: استجدته: أي: اصبته جيدا: قال: وقد يكون طلبته جيداً.

وإذا فسرنا الاستفعال باصابة الفعل فهذا يعني ان الإستحسان هو إصابة الحسن، وحينئذ يكون الحسن بمعنى الحسن الذي هو كذلك في واقع الأمر.

د. بمعنى فعل كقولهم: قرفي المكان واستقر.

---

([1]) أنظر: أحكام القرأن : 1059/3, والمراد بالقاضي هنا على ما يبدو هو القاضي عبدالوهاب, لأن المالكية يريدونه هو هو أطلاق لفظ الأمام.

وعلى هذا – كما يبدو لي – يكون الإستحسان بمعنى: العمل بمقتضى ما هو حسن بالفعل.

ويظهر بما تقدم أن لفظة الإستحسان تحتمل كل هذه المعاني، وهي راجعة الى معنيين:

أولهما: كون الشيء حسنا في اعتقاد المستحسن.

ثانيهما: كون الشيء حسنا في واقع الأمر.

## المبحث الثاني

## الإستحسان في اصطلاح الأصوليين

قبل البدء بذكر التعريفات لا بد من التنبيه على ان بعض كتب الأصول تنقل تعريفات دون أن تعزوها الى أصحابها، كما نجد بعض الأصوليين كالزركشي يحصر تعريفات الحنفية في سبعة تعريفات، ويبدو لي أن نسبة بعض منها اليهم موضع نظر، ومع غياب الضابط الذي نستطيع من خلاله التأكد من صحة النسبة يبقى الباحث مترددا في صحة نسبة بعض هذه التعريفات الى من نسب اليهم، ومع ذلك آثرت تصنيف التعريفات بحسب المذاهب تسهيلا للرجوع اليها لاحقا أثناء البحث.

وهنالك تعريفات للإستحسان للباحثين المعاصرين آثرت ذكر بعضها تمهيداً لاختيار تعريف ، ومن هنا فإن هذا المبحث يتضمن المطالب الأتية:

المطلب الأول: تعريفات الحنفية للإستحسان والمنسوب منها اليهم.

المطلب الثاني: تعريفات المالكية.

المطلب الثالث: تعريفات الحنابلة.

المطلب الرابع: تعريف المعتزلة والزيدية.

المطلب الخامس: تعريفات بعض الباحثين المعاصرين.

المطلب السادس: التعريف المختار.

## المطلب الأول

## تعريفات الحنفية للإستحسان والمنسوب منها اليهم

ويتضمن هذا المطلب عشرة تعريفات وهي:

التعريف الاول :

الإستحسان هو:

(العدول في مسالة عن مثل ما حكم به في نظائرها الى خلافه لوجه، اقوى) [1]

وهذا تعريف ابي الحسن الكرخي: ومعناه:

أن يطرد القياس ويثبت حكمه في مواضعه، الى أن يصل الى موضع فيعدل المجتهد عن العمل بذلك القياس في ذلك الموضع–النظير للمواضع الأخرى التي ثبت فيها حكم القياس المعدول عنه– فيثبت حكما

---

(1) انظر : كشف الاسرار على اصول البزدوى:3/4 ، والتلويح : 81/2 والغزى عليه : 3/3 ، والمستصفى : 282/1 ، والمحصول :ج2ق169/2، والتبصرة : 492 وشرح تلاسنوى والبدخشى على منهاج الوصول :38/3 والابهاج:188/3 والبحر المحيط للزركشى :91/6 ، ومنتهى الوصول لابن حاجب :207 ، وشرح مختصر الروضة : 192/3 ، والمعتمد : 840/2 .

مخالفا للحكم الثابت لنظائره من تلك المواضع، لدليل هو أقوى من القياس المطرد بالنسبة لذلك الموضع.

ومما مثل به لهذا التعريف ما يأتي:

لو قال قائل : ما لي صدقة، فإن هذا القول منه عام في التصدق بجميع ماله ، ولكن ذهب الإمام أبو حنيفة الى تخصيص هذا القول بمال الزكاة دون غيره ، فأن الدليل الدال على وجوب الوفاء بالنذر يقتضي وجوب التصدق بجميع امواله عملا بلفظه لكن ها هنا دليل خاص يقتضي العدول عن هذا الحكم بالنسبة الى غير الزكاة وهو قوله تعالى (خذ من اموالهم صدقة)[1].

فعدل عن الحكم وهو عدم وجوب التصدق بجميع أمواله. لدليل اقتضى العدول وهو الأية[2].

أهم ما يلاحظ على هذا التعريف:

قبل أن أورد اقوال العلماء بشأن هذا التعريف، لا بد من التنبيه على أمرين لاحظتهما عليه:

أحدهما: أن أبا الحسن الكرخي لم يصرح بكون المعدول عنه قياسا، وليس هكذا معظم تعريفات الإستحسان.

الثاني: أنه عبر بلفظ الوجه بدلا من القياس والدليل.

وتفسير هذين على ما يبدو لي هو الأتي:

---

([1]) سورة التوبة: 103.

([2]) المصادر نفسها.

إن المعدول عنه في الإستحسان ليس القياس الاصولي المعروف فقط والذي هو الحاق مسألة مسكوت عنها بنظائرها ، بل قد يكون عموم نص، أو أصلا مستنبطا، أو قاعدة كلية ، ومن هنا فأنه رأى من الأفضل – على ما يبدو – عدم تحديد الدليل المعدول عنه ، هذا فيما يتعلق بالامر الاول ، وأما فيما يتعلق بالأمر الثاني:

فإن المعدول اليه أيضا قد يكون نصا، وقد يكون إجماعا، وقد يكون ضرورة أو مصلحة[1] ومن هنا فانه رأى –على ما يبدو– من الأفضل التعبير بالوجه ليكون شاملا للجميع.

ويمكن أن يقال: لما تنوع كل من المعدول عنه والمعدول اليه وعلى النحو المذكور كان من الصعب تحديدهما، هذا فضلا على ما يبتغى في التعريفات من اختصار، وأرى من الضروري هنا التنبيه على أنه بالرغم من عدم وجود استحسان النص والإجماع عند المالكية، ألا أن من الممكن القول بأن الوجه الأقوى هو المراد بما عبر عنه بعض الحنفية والمالكية كإبن رشد بالمعنى المؤثر[2].

**مناقشة التعريف:**

لقي الإستحسان المفهوم من هذا التعريف قبولا عند جمهور الأصوليين. فالغزالي لم ينكر الإستحسان بهذا المفهوم وأنماأنكرتسمية هذا النوع من الدليل إستحسانا من بين سائر الأدلة[3].

---

([1]) انظر ص 113 وما بعدها من هذا المبحث.

([2]) أنظر تعريف أبن رشد للإستحسان.

([3]) المستصفى: 282/1

ونص الكيا الشافعي والطوفي من الحنابلة على أن هذا التعريف من أجود ما قيل في الإستحسان[1]. كما حاز على قبول نخبة من العلماء المعاصرين[2].

يقول الشيخ أبو زهرة:

إن هـذاالتعريف مـن: أبـين التعريفـات لحقيقـة الإستحسـان عنـد الحنفيـة، لأنـه يشـمل كـل أنواعـه ويحـدد لبـه، وهـو مجـيء الحكـم مخالفـا لقاعـدة مطـردة لأمـر يجعـل الخـروج مـن القاعـدة أقـرب الـى الشـرع مـن الاستمساك بالقاعدة ، فيكون الاعتماد عليه أقوى استدلالا في المسألة من القيـاس ، كمـا أنـه يصـور الإستحسـان كيفمـا كانـت صـوره وأقسـامه ، أنـه يكون في مسألة جزئية ولو نسبيا في مقابل قاعدة كلية[3].

**الاعتراضات الواردة على التعريف:**

بالرغم من التقبل الواضح لهذا التعريف من العلماء قديما وحديثاإلا أنـه أخذ عليه عدم كونـه مانعـا من دخول النسخ والتخصيص فيـه ، لأن التعريـف علـى ظـاهره يـدل علـى أن العـدول عـن العمـوم الـى الخصـوص وعن المنسوخ الى الناسخ يكون إستحسانا.

اورد عبـدالعزيز البخـاري هـذا الاعتـراض واكتفـى بـالقول: بـأن الإستحسان ليس كذلك.

لكن الغزي في حاشيته على اتويح قال:

---

([1]) أنظر: البحر المحيط 91/6,وشرح مختصرالروضة: 197/3

([2]) أنظر : مصادر التشريع فيما لا نص فيه للشيخ عبدالوهاب خلاف: 71 ، ولأستاذنا الدكتور هاشم جميل عبدالله. مسائل في الفقه المقارن: 42/1 والمصدر التالي

([3]) أنظر له: أصول الفقه 251, وكتابه (أبو حنيفة) : 343.

(وقد يقال مراده : العدول عن مثل ما حكم به بالاجتهاد الى خلافه بالاجتهاد فلا يدخل فيه نسخ على ما عرف أن النسخ بالاجتهاد غير جائز). إلا أنه عقب قائلا:

(ولا يخفى أنه تخصيص لا يستفاد من التعريف) .

أقول: الإستحسان وإن كان بالنص فإنه لا يلغي القياس أو القاعدة أو الأصل المستنبط. والنسخ الغاء، فظهر الفرق، وأما بالنسبة الى التخصيص فهو أمر اختلف فيه القائلون بالإستحسان وموضعه الفصل الرابع.

**التعريف الثاني**

الإستحسان هو:

(العدول عن القياس الى قياس أقوى )[1].

هذا تعريف بعض الحنفية على ما ذكره عبدالعزيز البخاري.

ومن الواضح أنه غير شامل لإستحسان النص والإجماع لحصره المعدول اليه بالقياس.

ونظير هذا تعريف البزدوي:

(الإستحسان هو العمل بأقوى القياسين) .

وقد تساءل عبد العزيز البخاري عن سبب حصر البزدوي المعدول اليه بالقياس مع أنه قد يكون نصا أو إجماعا أو ضرورة، ثم وضح ذلك قائلا:

---

([1]) أنظر : أصول البزدوي والكشف عليه: 3/4–4 , والتلويح: 81/2 ؟, ومنتهى الوصول: 207, وشرح العضد: 288/2, والأحكام للآمدي: 392/2 ومجموع الفتاوى لإبن تيمية. 399/31, والمسودة: 453. والمعتمد : 839/2 .

(أنـه – أي البـزدوي– أراد إبانـة المـراد مـن الإستحسـان المتنـازع فيـه لا تعريف الإستحسان على وجه يدخل فيه جميع أقسامه)[1].

يظهر بذلك أن هذا التعريف لأحد أنواع الإستحسان وهو الإستحسان القياسي، على أنه لا حرج في عد هذا التعريف تعريفا للإستحسان بجميع أنواعـه . وذلـك لأن كـلام بعض علمـاء الحنفيـة والمالكيـة صـريح فـي أن القيـاس هـو المعنـى المسـتنبط مـن الـنص[2] أي : الحكمـة المسـتنبطـة مـن النص. وإذا ثبت ذلك فإن النص والإجماع مشتملان على الحكمة قطعا، وكذا فـي الضـرورة والقيـاس الأقـوى، بـل إن المقصـود بالقيـاس الأقـوى هـو الحكمة بعينها وعلى التفصيل الذي يأتي لاحقاً.

وبغية توضيح ما تقدم أذكر مثالا للإستحسان الثابت بالنص:

أن القاعدة العامة تقضي بمنع بيع ما ليس بموجود ، لما في ذلك من غرر يفضي غالباً الى المنازعة و الخصومة بين المتعاقدين، لكن النص ورد بجواز السلم وهو قوله صلى الله عليه وسلم: (من أسلف فليسلف في كيل معلوم و وزن معلوم الى أجل معلوم)[3].

وقد صـرح الحنفيـة وغيرهم بـأن السلم أجيز بـالنص للحاجـة، قال الحنفية: أجيز السلم إستحسانا لدفع حاجة المفاليس[4].

---

([1]) كشف الأسرار نفس الاشارة.

([2]) انظر مثلاً: ميزان الأصول،811/2 ، وأصول السرخسى:179/2 ، والتعريفات للجرجانى :102 ، وبداية المجتهد :141/2 ،والحدود لأبى الوليد الباجى :34 .وسيأتى تفصيل ذلك فى الفصل الثانى .

([3]) أنظر صحيح البخاري مع حاشية السندي : 30/2.

([4]) أنظر البناية: 624/6, وأيضا كشف الاسرار للنسفي: 344/2–345, وشرح ابن العيني على المنار هامش ابن ملك: 269, ومجمع الأنهر 100/2.

وقال إبن رشد من المالكية ما نصه:

(أن السلم أنما جوز لموضع الارتفاق ، ولأن المسلف يرغب في تقديم الثمن لاسترخاص المسلم منه، والمسلم اليه يرغب لموضع النسيئة، وإذا لم يشترط الأجل زال هذا المعنى)[1].

فهنا نجد أن الحاجة وصفت بأنها (معنى ) ، ودفع الحاجة، حكمة مفهومة من النص المذكور المجيز للسلم. وحاصل الكلام : إذ ثبت أن الحكمة المستنبطة من النص تسمى قياسا على ما أفصل فيه لاحقا، فلا حرج في عد التعريف المذكور تعريفا شاملا لجميع أنواع الإستحسان.

ما قيل في التعريف:

تلقى هذا التعريف قبولا ملحوظا عند الأصوليين، ويعود السبب في ذلك الى وصفه المعدول اليه بالقياس الأقوى.

قال فيه إبن الحاجب من المالكية:

(وحاصله : العمل بالقياس الراجح ولا نزاع فيه)[2].

ومثل ذلك قال الماوردي والروياني من الشافعية[3].

ونقل بعض الحنابلة قول الإمام احمد بالإستحسان بهذا المفهوم[4].

**التعريف الثالث**

الإستحسان هو:

---

([1]) بداية المجتهد : 219/2-220, وقد قال ذلك في معرض استدلاله على عدم جواز السلم الحال.

([2]) منتهى الوصول, الاشارة السابقة .

([3]) انظر البحر المحيط : 90/6

([4]) انظر: المسودة : الاشارة السابقة.

(تخصيص قياس بدليل اقوى منه)[1].

ذكر عبدالعزيز البخاري : أن هذا من تعريفات بعض الحنفية، والفرق بينه وبين سابقه على التفسير الذي ذكره عبدالعزيز البخاري أن هذا أعم، لأنه لم يحصر المعدول اليه بالقياس.

ما قيل بشأن التعريف:

نص الآمدي والتفتازاني على أن حاصله يرجع الى تخصيص العلة وتخصيص العلة عبارة عن (تخلف الحكم عن الوصف المدعى علة لمانع)[2].

إلى هذا ذهب بعض القائلين بالإستحسان من الحنفية والمالكية والحنابلة، لكن بعضهم الآخر نفى كون الإستحسان تخصيصا للعلة، ومن هؤلاء عبدالعزيز البخاري فبعد أن أورد هذا التعريف وما قيل فيه، رد قول القائل بأن الإستحسان تخصيص فقال: ليس الإستحسان تخصيصا للعلة.

**التعريف الرابع**

الإستحسان هو:

( ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس)[3].

وهذا التعريف للسرخسي،

وذكره الجرجاني بلفظ: (أرفق) بالراء بدلا من ( أوفق) بالواو والفرق على ما يبدو لي قائم بين اللفظين، لأن لفظ: (الأوفق) يوحي

---

([1]) أنظر: التلويح ومنتهى الوصول والأحكام للآمدي وكشف الأسرار على اصول البزدوي. الاشارات السابقة.

([2]) أنظر: كشف الأسرار على أصول البزدوي : 32/4, والوجيز للكراماستي: 188-189.

([3]) أنظر: المبسوط: 145/1, والتعريفات: 18

بصلاح النتائج – صلاح الأثر والمآل– بقطع النظر عن اليسر والسهولة، بينما لفظ الأرفق واضح في أنه يراد به ما يرجع الى التخفيف والتيسير ورفع الحرج.

وبالرغم من كون لفظ: الأوفق أعم من الأرفق إلا أن السرخسي عقب تعريفه هذا بجمل صريحة وقاطعة في ان الإستحسان هو ترك العسر لليسر.

قال:

(وقيل: هو طلب السهولة في الأحكام فيمال يبتلى به الخاص والعام.

وقيل: هو الاخذ بالسماحة وابتغاء ما فيه الراحة.

وقيل: هو الاخذ بالسعة وابتغاء الدعة.

والذي يبدو لي من تتبع المسائل الإستحسانية. أن لفظ الأوفق أكثر انطباقا مع واقع الإستحسان عند الجميع، لوجود مسائل استحسانية لا تتجه نحو التخفيف ورفع الحرج.

ولا استبعد أن يكون ما ورد في كتاب التعريفات للجرجاني قد وقع تصحيفا لان تعدية لفظ الرفق بالباء أدق من تعديته باللام، ومثل هذا لا يخفى على الجرجاني.

ولم أجد – في حدود ما أطلعت عليه من مصادر –أحدا من الأصوليين يتعرض لذكر هذا التعريف، ولعل السبب في ذلك يعود الى أن عده بيانا للغرض الذي من أجله يتم الإستحسان أقرب من عده تعريفا للإستحسان وحده.

**التعريف الخامس**

الإستحسان هو:

(ترك القياس الى ما هو أولى منه)[1].

هذا التعريف للجصاص. قال وهو ضربان:

الضرب الأول:

هو أن يوجد فرع ويتجاذبه أصلان، لوجود الشبه بين الفرع وبين كل من الأصلين، فيعدل المجتهد عن الحاقه باحدهما الى الأخر.

قال: (ولولا وجود الأصل المعدول اليه لكان يجب الحاقه بالمعدول عنه ).

ومما مثل به لذلك المسألة الأتية[2]:

إن اللصوص إذا دخلوا بيتاً ، وسرقوا متاعا، فتولى بعضهم إخراجه دون بعضهم الأخر، فإن الحد يقام على الجميع سواء من باشر منهم بأخذ المتاع أو من ظاهر و أعان،

ثم ذكر الجصاص هنا أصلين:

<u>الأصل الأول</u>: إن قوما لو أكرهوا امرأة على الزنا حتى زنا بها واحد منهم فإن الحد يقام على المباشر دون من أعان، فبناء على هذا الأصل يقام حد السرقة على المباشر المخرج للمتاع دون المعين.

---

(1) أنظر أصوله: مخطوط. لوحة 295 وما بعدها.

(2) أنظر: لهذه المسألة أيضا: بدائع الصنائع 66/7.

الأصل الثاني: أن قطاع الطرق لو سرقوا أموالا أو قتلوا نفوسا فإن الحد يقام على الجميع بقطع النظر عمن باشر منهم القتل والسرقة ومن أعان .

ثم ذكر بأنه تم الالحاق بالأصل الأول دون الأصل الثاني لأن الجميع – في السرقة وقطع الطريق – اشتركوا في السبب الذي به توصلوا الى أخذ المال وقتل النفوس، أي أن الجريمة وقعت بفعل الجميع.

وواضح أنه لو كان هذا هو وجه الترجيح لاستوى الأصل الأول والأصل الثاني لأن الجريمة في الأصل الأول قد وقعت بفعل الجميع أيضا. ويبدو لي أن وجه الترجيح هو: أن التسوية بينهم في قطع اليد بالسرقة يعود الى أن الجميع منتفع بالمال المأخوذ، فضلا على وقوع الجريمة بفعلهم جميعا وذلك بخلاف الزنا، فإن المستمتع بالفعل هو المباشر فقط وأن كان الإكراه قد وقع منهم جميعا.

أقول: وبقيد (الانتفاع) الذي ذكرته فارق موضع الإستحسان الأصل المعدول عنه ودخل ضمن ما يقتضيه الأصل المعدول اليه، والقيد المذكور هو معنى خفي أخص بالمقصود. أحال ذهن المجتهد – بعد التأمل في المسألة التي هي موضع الإستحسان – الى الأصل المعدول اليه لكونه متضمنا للمعنى المقصود وبهذا كان قياسا خفيا.

والذي يهمنا هنا هوأن الأصلين إنما عُدا اصلين في هذا الموضع لوجود الشبه بينهما وبين الفرع وكان الالحاق بأحدهما أولى من الحاقه بالأخر لدلالة توجب ذلك، وهو الوصف المؤثر –أو المعنى المؤثر–.

الضرب الثاني: قال: (وهو تخصيص الحكم مع وجود العلة) .

وجعل من هذا الضرب ما تم بالنص أو الإجماع أو الضرورة.

وأرى في معنى التعريف السابق، التعريف الذي نسبه أبو الحسين البصري الى بعض المتأخرين من الحنفية وهو:

(ترك طريقة الحكم الى طريقة أخرى لولاها لوجب البنيان على الأولى)[1].

وقد فسرأبو الحسين الطريقة هنا: بالدليل الذي هو (الأصل) في المثال المتقدم.

وفي هذا المعنى ما نص عليه بعض الحنابلة كالقاضي أبي يعلى من أن الإستحسان هو:

(ترك الحكم الى حكم هو أولى منه)[2].

ووجه الارتباط بين هذا وبين تعريف الجصاص: أن الحكم لا بد له من دليل وعليه فإن العدول عن حكم الى أخرمعناه: العدول عن دليل الى أخر.

ما اعترض به على التعريف:

أعترض على تعريف القاضي أبي يعلى باحتوائه على لفظ (الأولى) وهذا وارد على تعريف الجصاص أيضا، ومبنى الأعتراض:

إن الأحكام لا يقال بعضها أولى من بعض ولا بعضها أقوى من بعض وأنما القوة للأدلة[3].

---

([1]) المعتمد : 2/838-839

([2]) انظر : العدة. وروضة الناظر: 1/407 والمسودة: 452-453, والمختصر في أصول الفقه لابن اللحام. 162, وشرح مختصر الروضة: 3/197, واصول الجصاص لوحة: 295.

([3]) المسودة الاشارة نفسها.

وأرى أن : الاعتراض وارد فيما لو قلنا بجواز العمل بالقياس المتروك – على ما هو ظاهر كلام بعض الحنابلة– وأما إذا قلنا بوجوب العمل بالإستحسان على ما ذهب اليه الحنفية فإن الاعتراض غير وارد، لأنه حينئذ يجاب بأن المراد بالأولى هو الدليل الأقوى في نظر المجتهد.

ويبدو لي ان الجصاص ومن وافقه اختاروا لفظ الأولى لاشعاره بالمعنى نفسه الذي عبر عنه السرخسي بالأوفق.

التعريف السادس

الإستحسان هو:

(تخصيص القياس بالسنة)

أورده الزركشي على أنه من تعريفات الحنفية.

ومعناه : ترك العمل بالحكم الذي يقتضيه القياس أو القاعدة للسنة . و ما مثل به لذلك[1]:

الحكم بعدم افطار من اكل وشرب ناسيا لقوله صلى الله عليه وسلم: (من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه) .

التعريف السابع

الإستحسان هو:

(دليل يقابل القياس الجلي الذي يسبق اليه الافهام)[2] .

عدّ صدر الشريعة هذا: التعريف الصحيح للإستحسان وقال:

---

([1]) البحر المحيط: 91/6, وانظر الحديث: البخاري بهامش الفتح: 135/4.

([2]) أنظر التوضيح والتلويح: 81/2, وحاشية الغزي على التلويح: 2/3.

(نعني به – أي بالإستحسان– دليلاً من الأدلة المتفق عليها يقع في مقابلة القياس الجلي)، ثم ذكر أنواعه الاربعة عند جمهورهم.

وعبّر السرخسي عن هذا التعريف بأنه :

(الدليل الذي يكون معارضا للقياس الظاهر الذي تسبق اليه الافهام)[1].

وتعد مفصلة لما تقدم التعريفات الاتية:

قال الجرجاني:

(هو اسم لدليل من الأدلة الاربعة يعارض القياس الجلي ويعمل به إذا كان أقوى منه)[2].

وقال التفتازاني:

(أنه اسم لدليل متفق عليه نصا كان أو اجماعا أو قياسا خفيا إذا وقع في مقابلة قياس تسبق اليه الافهام).

وعلق الغزي على تعريف التفتازاني هذا قائلا:

(لو قال أو ضرورة لكان أحسن وأشمل، لأن الإستحسان اربعة أقسام).

والظاهر أن التفتازاني عد الضرورة من الإستحسان بالقياس الخفي وقد ذهب الى هذا صاحب مسلم الثبوت من الحنفية وسأبين وجه ذلك لاحقا، وفي معنى التعريفات السابقة تعريف بعضهم له بأنه : (عدول الى خلاف الظن لدليل أقوى)[3].

---

([1]) انظر اصوله 200/2.

([2]) التعريفات: 18.

([3]) التلويح الاشارة السابقة.

ويبدو أن اساس التعريفات السابقة هو تعريف القاضي أبي زيد الدبوبسي للإستحسان بأنه:

(اسم لضرب دليل يعارض القياس الجلي)[1].

وقد نص التفتازاني على ان الإستحسان المفهوم من التعريف الذي ذكره قد استقرت عليه الاراء وانه حجة عند الجميع.

واعود هنا وأؤكد بان القياس الجلي في هذه التعريفات لا يختص بالقياس الاصولي المعروف بل هو شامل لعموم النص، والقاعدة العامة، و الاصل المستنبط.

التعريف الثامن

الإستحسان هو:

(تعليق الحكم بالمعنى الخفي)

نسبه الزركشي الى بعض الحنفية، ولم يذكر له مثالاً.[2]

ومعناه على ما يبدو لي:

إن تطبيق مقتضى الأقيسة والقواعد منوط بالحكم و المصالح التي من أجلها جعلت الأقيسة وقواعد. فمتى لم تحقق تلك الحكم والمصالح التي هي مقاصد للشارع ، أو أدى اطرادها الى وقوع ما يتنافى مع مقاصد الشارع من وقوع ضرر أو حرج ومشقة ، تم ترك تلك الأقيسة والقواعد، وتم الرجوع الى ما علم من قصد الشارع.

---

([1]) تقويم اصول الفقه/ مخطوط: ورقة 835.

([2]) البحر المحيط:92/6.

وباختصار شديد معنى التعريف هو: تعليق الحكم بما علم من قصد الشارع (الحكم والعدل) . وتجب الاشارة هنا الى أن من الممكن عد هذا التعريف تعريفا لجميع أنواع الإستحسان التي ذكرها جمهور الحنفية وهي استحسان النص، والإجماع ،والضرورة، والقياس الخفي وذلك على النحو الاتي:

ان الحنفية جعلوا (عدم المانع) من نص أو اجماع أو ضرورة، أو قياس أقوى جزءا من العلة التامة أو شرطا لثبوت حكمها، بمعنى أنه متى وجد نص معين في موضع اطراد القياس والقاعدة تنعدم العلة وينعدم بالتالي حكمها، وكذلك (عدم وجود الإجماع) و (عدم الضرورة والقياس الأقوى) وهذه القيود معان خفية في العلة التامة. وسيأتي لهذا مزيد التفصيل[1] وما تقدم كان من أجل ايضاح التعريف فحسب.

التعريف التاسع

الإستحسان هو:

(القياس الخفي)

هذا التعريف لبعض الحنفية على ما نص عليه عبدالعزيز البخاري وغيره[2].

وأرى أنه نفس ما يراد بالمعنى الخفي في التعريف السابق. وسبب تسميته بالقياس الخفي هو ما يأتي:

---

([1]) وموضعه الفصل الرابع.

([2]) أنظر كشف الأسرار على أصول البزدوي: 3/4, والوجيز للكراماستي:187.

إن ظاهر موضع الإستحسان يحيل ذهن المجتهد الى أصل، ولكن المجتهد بعد التأمل يجد أن موضع الإستحسان يختص بالمعنى- من تخفيف أو مفارقة- وهذا المعنى يحيل ذهنه الى أصل أخر فيثبت مقتضاه.

وهذا المعنى الذي اختص به موضع الإستحسان من دون نظائره يسمى قياسا، لكونه معنى مستنبطا، ولأنه يحيل الذهن الى الأصل المتضمن للحكمة التي من أجلها تم العدول من القياس الى الإستحسان.[1]

فالقياس الخفي يطلق ويراد به أمران أثنان:

أولهما: مدار الإستحسان: أي : الباعث على العدول.

الثاني: الاحالة الذهنية أو الارتباط القائم بين ذلك المعنى وبين شاهده من الشرع المتضمن للمعنى- الحكمة - الذي من أجله تم العدول.

وبالاعتبار الاول يكون القياس الخفي شاملا لجميع أنواع الإستحسان، لأن النص والإجماع مشتملان على الحكمة قطعا وكذا الضرورة، بل أن المتتبع للمسائل الإستحسانية حتى الثابتة منها بالنص والإجماع يجد أن النص والإجماع متضمنان لمعنى وحكمة معقولة.

وأما بالإعتبار الثاني فلا يكون شاملا لإستحسان النص والإجماع والضرورة، لأن النص والإجماع دليلان ظاهران وكذا الضرورة فهي أدلة متبادرة الى الذهن، وقد عبر جمهور الحنفية عن القياس الخفي بأنه عبارة عما لا يتبادر الى الذهن، وهناك أمر أخر أيضا وهو أن جمهور الحنفية

---

([1]) أنظر المبحث الثاني: من الفصل الثاني .

اصطلحوا على اطلاق القياس الخفي على الإستحسان الذي هو مفارقة، أي ما ليس بتخفيف.

وسيأتي تفصيل كل ذلك لاحقا مع الأمثلة الكافية.

التعريف العاشر

الإستحسان هو:

(ما يستحسنه المجتهد برأي نفسه وحديثه من غير دليل)[1].

أورد الزركشي هذه العبارة وجزم بكونها تعريفا للإمام أبي حنيفة، وقال : هذا الإستحسان هو المراد بقول الشافعي: من استحسن فقد شرع، قال:( واصحاب أبي حنيفة أنكروا هذا التفسير لما فيه من الشناعة ).

وذكر أبو اسحاق الشيرازي قريبا من هذا التعريف ، فقال: الإستحسان هو (الحكم بما يستحسنه من غير دليل).

قال : وهو المحكي عن أبي حنيفة[2].

وقد أورد أخرون هذا التعريف بالفاظ اخرى آيلة الى أن الإستحسان عمل بما يراه المجتهد بعقله ونظره من غير دليل[3].

مناقشة ماتقدم:

لست أقطع بعدم ورود عبارة شبيهة بما تقدم عن الإمام أبي حنيفة، لكني أستطيع القطع بأمرين هما:

---

(1) البحر المحيط:93/6 .

(2) أنظر له: التبصرة : 492, واللمع: 121 .

(3) أنظر مثلا روضة الناظر:411/2, والمسودة :454, وبداة المجتهد:301/2, وشرح تنقيح الفصول:451. والابهاج: 190/3.

أولاً: أن عبارة (برأي نفسه) قد زيدت إما في مقام التوضيح، لأن من زادها قد ظن بأن من عرف الإستحسان بقوله : (ما يستحسنه المجتهد من غير دليل) أراد به ما يستحسنه من عند نفسه من غير دليل شرعي، مع أن هذا ليس مرادا كما أوضحه بعد قليل.

وإما زيدت لغرض الإساءة الى مقام ذلك الإمام الجليل وإستحسانه.

ثانياً: إن القول بأن الإستحسان هو ما يستحسنه المجتهد من غير دليل على فرض صحة نسبته الى الإمام أبي حنيفة أو أي قائل بالإستحسان الاصولي المنضبط ، يراد به نوع واحد من أنواع الإستحسان وهو ما اصطلح عليه جمهور الحنفية بالإستحسان بالقياس الخفي، والذي يكون فيه دليل الإستحسان أصلا غير معين وارد في موضوع الفرع نفسه الذي هو موضع الإستحسان، فعبارة من غير دليل يراد به الأصل غير المعين، وذلك لأن الإستحسان في حقيقته قياس فقد أحد أركانه الذي هو الأصل المعين، فهو عمل بالمرسل الملائم، أو الاستدلال المرسل على ما نص عليه الشاطبي[1].

وقد عبر إبن رشد عن الإستحسان في غير موضع بالقياس المرسل[2].

والدليل على أن المراد بقولهم من غير دليل – على فرض صحة النسبة اليهم– هو الأصل المعين لا نفي الدليل مطلقا، هو ما قالوه وطبقوه

(1) انظر الموافقات: 1/39–41 و الاعتصام: 2/140 .

(2) انظر: بداية المجتهد : 2/57, 210, 290–291 .

في الإستحسان، فهذا الزركشي الذي جزم بأن التعريف المذكور للإمام أبي حنيفة، عاد وقال ما نصه:

(وأعلم أنه إذا حرر المراد بالإستحسان زال التشنيع ، وأبو حنيفة بريء الى الله من اثبات حكم بلا حجة)[1].

وتجدر الاشارة الى أن الشاطبي عد التعريف المذكور من تعريفات ارباب البدع للإستحسان)[2].

وذكر الطوفي هذا التعريف ثم قال:

(فإن أريد مع دليل شرعي فهو متفق عليه، إذ الدليل الشرعي متبع، وانضمام العقل اليه لايضر بل هو مؤكد ، وإن أريد : ما يستحسنه المجتهد بعقله المجرد دون دليل شرعي فهو ممنوع)[3].

أقول ولم يقل به أحد من الأئمة.

وهذه هي تعريفات الحنفية- فيما عدا التعريف المذكور أنفا وبالصيغة المذكورة- وهي راجعة الى أن الإستحسان عدول عن أصل أو قياس أو قاعدة متبادرة الى الذهن الى العمل بمقتضى حكمة و مصلحة ، وهذه الحكمة قد يحتويها نص ، أو اجماع ، أو تكون مستنبطة بالتأمل من هذين الدليلين ، على أني أنبه على أن ما تقدم ذكره في شرح بعض التعريفات وخاصة الثامن والتاسع منها إنما كان لإعطاء فكرة حول ما إريد بهما، وإلا فإن موضع تفصيل ذلك الفصل الثاني، ثم إن ما أذكره من

---

(1) البحر المحيط: 88/6.

(2) الاعتصام: 150/2 .

(3) شرح مختصر الروضة: 193/3.

الأمثلة لاحقا تصلح لان تكون أمثلة لكل تعريف من التعريفات السابقة و بخاصة الإستحسان غير المستند الى النص والإجماع.

## المطلب الثاني

## تعريفات المالكية للإستحسان

ويتضمن هذا المطلب سبعة تعريفات:

التعريف الأول

الإستحسان هو:

(دليل ينقدح في نفس المجتهد تقصر عنه عبارته) .

أو هو :( دليل ينقدح في نفس المجتهد لا يقدر على اظهاره لعدم مساعدة العبارة عنه ).

نسب بعض الاصوليين هذا التعريف الى الحنفية ومن هؤلاء: إبن الحاجب والآمدي، والزركشي[1].

ورأى الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، أن هذا المعنى هو أكثر ما كان يقصده متقدمو الحنفية. قال : ويشبه أن يكون مراد الإمام

---

([1]) أنظر منتهى الوصول: 207, والأحكام للآمدي: 391/2, والبحر المحيط : 93/6, وأيضاً : تقريب الوصول: 145, وشرح الاسنوي على منهاج الوصول. 138/3, والابهاج, 188/3, و المستصفى: 281/2.

أبي حنيفة نفسه[1]، ويبدو لي أن نسبة ذلك للإمام ابي حنيفة لا تصح لما يأتي:

أولاً. عدم وجود مثل هذا التعريف فيما اطلعت عليه في كتب الحنفية فلو كان من تعريفاتهم لكان الأجدر أن يتناقلوه هم قبل غيرهم.

ثانياً. إن الغزالي مع حماسه الشديد لرفض الإستحسان ونقده اللاذع لهذا التعريف وتحامله على الحنفية في قولهم بالإستحسان لم ينسبه اليهم[2] .

ثالثاً. إذا كان المراد بالمعنى دليل الحكم فإن الحنفية لا يقرون بعدم وجود شاهد شرعي للحكم المستحسن ، وإذ لم يذكروا الشاهد فإنما ذلك هو لوضوحه ، فهذا ما ذكره السرخسي[3].

وبعد هذا فإن الذي يبدو لي رجحانه أن هذا التعريف للمالكية لما يأتي:

أولاً. لوروده في كتبهم ، فقد جاء في حاشية الدسوقي:

(إن الإستحسان – وهو ما في الموازية– معنى ينقدح في ذهن المجتهد تقصر عنه عبارته ، قال: والمراد بالمعنى: دليل الحكم ، وهو علة تنقدح في ذهنه ولكن لا يقدر على التعبير عنها، أما الحكم فقد صرح به[4].

---

([1]) انظر له: ضوابط المصلحة في الشريعة الاسلامية: 237.

([2]) انظر المستصفى: 281/2 وما بعدها.

([3]) أنظر أصوله, 190/2–191.

([4]) أنظره: 102/3 .

ثانياً. عزاه الشيخ أبو زهرة الى إبن رشد الكبير فذكر أنه قال في تعريف الإستحسان أنه: عبارة عما ينقدح في قلب الفقيه من غيرقلا أن يرده الى أصل بعينه)[1] .

ثالثاً. إن بعض علماء المالكية تولوا الدفاع عنه على ما أذكر لاحقاً.

ويبدو لي ، إن تعريف إبن رشد وباللفظ المذكور هو أساس التعريف الذي ورد أولاً ، لكن حرف من قبل من وصفهم الشاطبي بارباب البدع ، وإذا كان الاصل هو تعريف إبن رشد فلا اشكال حينئذ لأن الأصل الشاهد موجود غير أنه ليس من قبيل الشواهد الخاصة وهي المعبر عنها، بالاصل المعين، وحينئذ يكون التعريف تعريفا للمصلحة المرسلة أي: المصالح التي لم يشهد الشرع لنوعها بل شهد لجنسها البعيد. وعلى الرغم من أنني أفصل لاحقا في بيان العلاقة بين الإستحسان وبين المصلحة المرسلة إلا أني أرى من الافضل أن أختصر الكلام في بيان كون التعريف المذكور لإبن رشد تعريفا للمصلحة المرسلة التي لا فرق بينها وبين الإستحسان الا من حيث وجود قياس معارض وعدم وجوده. وبيان ذلك:

إن المصلحة المرسلة التي يقول بها المالكية هي: المرسل الملائم، والمرسل الملائم: هو الذي عبر عنه إبن رشد في بداية المجتهد في مواضع بالقياس المرسل والمراد بالقياس المرسل على ما يبدو: القياس

---

([1]) آنظر له : كتاب ( إبن حزم ) : 426 .

الذي فقد أصله المعين[1]، وهذا هو نفس ما عبر عنه إبن رشد بـ(أصل بعينه).

وعلى هذا فإن العجز عن التعبير –على فرض مثل هذا اللفظ من قبل القائلين بالإستحسان – يطلق ويراد به : العجز عن تحديد أصل معين شاهد لنوع المصلحة التى تعلق بها القصد في العدول ، لا العجز عن ذكر الدليل مطلقاً .

وعلى هذا التفسير يتفق الحنفية والمالكية في كون الإستحسان – غير الثابت بالنص والإجماع– عملا بالمرسل الملائم في كثير من صوره إن لم يكن في جميعها.

ما قيل بشأن التعريف:

لقي التعريف الذي ذكرته أولا انتقادا شديدا من بعض الاصوليين من ضمنهم سعد الدين التفتازاني، بناء على أن المعنى لا بد أن يكون واضحا ليعتبر بأدلة الشريعة لتصحيحه أو تزييفه[2].

وعدّ بعضهم هذا من التعريفات المترددة بين القبول والرد، ومناط هذا القبول أو الرفض هو لفظ الانقداح الوارد في التعريف، هل يراد به تحقق الثبوت أو يراد به أن المجتهد شاك فيه؟ قالوا:

---

([1]) أنظر: بداية المجتهد : 210/2, والموافقات, 39/1-41, والمنخول: 359, هذا وأن المشهور من الأصل المعين أن يكون للحكم المعلل أصل معين من نوعه يوجد فيه نوع الوصف أو جنسه القريب, أنظر مثلا, التلويح:2 /74, والتقرير والتحبير: 153/3-154 .

([2]) أنظر المستصفى : 281/2 . والبحر المحيط : 93/6.

إذا كان بمعنى تحقق الثبوت يكون العمل به واجبا ولا أثر للعجز عن التعبير وإذا كان بمعنى ان المجتهد شاك فيه فهو مردود اتفاقا لان الاحكام لا تثبت بمجرد الأحتمال أو الشك[1].

أقول في الختام:

إن تعريف الإستحسان وبالصيغة التي ذكرتها أولا وإن كان من الممكن تأويله إلا أنه يصور الإستحسان بصورة هي مدعاة لعدم

قبوله[2]، ومن هنا قال الخوارزمي فيه:

(وينبغي أن يكون هذا محل الخلاف- أي في الإستحسان- ولا ينبغي أن يكون حجة إذ لا شاهد له)[3].

التعريف الثاني

الإستحسان هو:

(طرح لقياس يؤدي الى غلو ومبالغة فيه فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم ، يختص به ذلك الموضع[4] من تخفيف أو مفارقة[5].

---

(1) انظر: التلويح: 62/2. وشرح العضد. 288/2, ونهاية السول: 4/399-400. والابهاج. 188/3.

(2) أنظر لأستاذنا الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي: أصول الفقه الاسلامي في نسيجه الجديد: 189/2.

(3) نقله الزركشي: أنظر: البحر المحيط: 93/6.

(4) الاعتصام: 139/2.

(5) الحدود في أصول الفقه: 35 .

وهذا التعريف لإبن رشد ، نقله الشاطبي عنه دون لفظي: التخفيف والمفارقة ، لكن الباجي ذكرهما في كتابه (الحدود في أصول الفقه)، والظاهر انهما موجودان في أصل التعريف وليسا من زيادته، حيث لم يذكر ما يشير الى ذلك.

توضيح التعريف:

هذا التعريف من التعريفات الدقيقة للإستحسان، ولهذا يجب الوقوف عنده ، فأقول:

حدد إبن رشد الإستحسان بأنه طرح لقياس، أي هو ترك لقياس وهذا معلوم .

كما حدد المعدول عنه بالقياس، والظاهر أنه لايريد بالقياس هنا القياس الاصولي المعروف فحسب بل يريد الاصل المستنبط ، والدليل العام والقاعدة الكلية أيضا، والدليل على ذلك ما يأتي:

1. قال في بداية المجتهد :

إن القياس هو استنباط العلل من الألفاظ[1].

2. إن المالكية عبروا عن المعدول عنه أحيانا بالدليل- وهو أعم - واحياناً بالأصل الكلي[2].

ووضح إبن رشد في تعريفه هذا ان العدول انما هو بالنظر الى(معنى مؤثر) والمراد به الحكمة والمصلحة التي علم كونها مقصودة شرعا، وبهذا يكون المراد بالمعنى المؤثر نفس ما عبر عنه الحنفية

---

([1]) انظره: 141/2 .

([2]) وهذا معلوم من تعريفاتهم.

بالمعنى الخفي الذي ظهر اعتباره شرعا( التأثير) ، والذي سمي بالقياس الخفي، بل عبر عنه بعض الحنفية أيضا (بالمعنى المؤثر) نفسه[1].

وأما لفظا التخفيف والمفارقة فانهما من أدق ما ورد في التعريف وسأبين ما يراد بهما وعلى الوجه الأتي:

لما كان المدار في الإستحسان هو المعنى المؤثر والذي يراد به الحكم والمصالح التي علم كونها مقصودة شرعا بظهور اعتبارها في موضع أو في مواضع عدة[2] فإن من غير المحتم أن تكون الحكمة والمصلحة تخفيفا، فقد تقضي الحكمة أحيانا –بالنظر الى مقاصد الشارع– بما لا يوصف بالتخفيف ، بل قد تقضي بالتشديد، وأوضح ذلك أكثر وأقول:

متى لم تحقق الأقيسة والقواعد الحكم التي وكلت اليها تحقيقها أوقف حكمها، وعدم تحقق المهام الموكولة اليها شرعا نوعان[3]:

النوع الأول: أن لا تحقق المهمة الموكولة اليها بأن يطرأ في موضع من مواضع أطرادها معنى به يفارق هذا الموضع نظائره، ومن الحكمة حينئذ التفرقة في اثبات الحكم بين موضع الإستحسان وبين تلك النظائر، وبما أن هذه الحكمة التي بها فارقت موضع الإستحسان نظائره

---

([1]) أنظر مثلا: كشف الاسرار للنسفي: 316/2

([2]) وانما قلت عدة مواضع لأن الحنفية قالوا أن كثرة الاصول هي من لوازم قوة الأثر والتي هي المراد بالمعنى المؤثر, والذي هو المدار في ترجيح القياس على الإستحسان.

([3]) ويتجلى هذان النوعان في تفسيرين ذكرهما السرخسي وغيره من الحنفيةلمثال سؤر سباع الطير ،انظر المطلب الأول من الفصل الرابع.

لا بد لها من شاهد في الشرع لأنها علة الحكم المستحسن: فإننا نكون حينئذ أمام قياس أخر يقضي باثبات حكم مخالف[1].

وحاصل الكلام أن علة القياس في هذا النوع غير موجودة في موضع الإستحسان.

النوع الثاني: أن تحقق المهمة الموكولة اليها لكن اثبات حكمها في موضع الإستحسان يؤدي الى حرج ومشقة فيستثنى موضع الحرج[2].

فعلة القياس في هذا النوع موجودة في موضع الإستحسان، لكنها تكون ساقطة في مقابلة القياس الأقوى[3] على اعتبار أن الاصول الكلية المتعلقة برفع الحرج تجعل بمثابة أصول مقيس عليها[4].

ففي كلا النوعين الحكم يتم بمقتضى الحكم والمصالح التي علمت من قصد الشارع والحكم في كلا النوعين ثابت بمقتضى الحكمة، غير أن الحكمة في النوع الثاني توصف بالعدل والرحمة.

ولوجود هذين النوعين قال إبن رشد:

(الإستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات الى المصلحة والعدل)[5].

وتجدر الاشارة الى أن بعض المالكية أطلقوا على النوع الثاني: (استحسان الرفق) وقد عرف الاصوليون الفرق الذي هو بمعنى المفارقة التي ذكرهما

---

([1]) أنظر مثال المتعلق بالفار بماشيته تهربا من أداء الزكاة في التطبيقات , ومن هذا النوع مثال الاشتراك في السرقة للجصاص.

([2]) أنظر مثال تعليق الطلاق بالأجنبيات في فصل التطبيقات.

([3]) أنظر لهذا : اصول السرخسي: 213/2.

([4]) وذلك مثل الأثر الوارد في سقوط نجاسة سؤر الهرة لطواف لمشقة الاحتراز أنظر, المطلب الأول من الفصل الرابع وسيتم هناك تخريج الأثر.

([5]) أنظر بداية المجتهد: 201/2.

إبن رشد(بأن يوجد في الأصل وصف له مدخل في العلية لا يوجد في الفرع)[1].

التعريف الثالث

الإستحسان هو:

(ايثار ترك مقتضى الدليل، على طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته)[2].

وهذا التعريف لإبن العربي.

ومن أهم ما يلاحظ عليه ما يأتي:

أولاً. جاء لفظ الايثار وهو يوحي على ما أرى بجواز العمل بالقياس المتروك .

ثانياً. جاء بلفظ الدليل وهو أعم من القياس.

ثالثاً. كلامه صريح بأن الإستحسان استثناء وترخص، وذلك يعني عدم إقراره بوجود استحسان المفارقة.

وأما مراده بقوله: لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته يفسره قوله:

(أن مالكا وأبا حنيفة يريان تخصيص القياس ببعض العلة)[3].

---

([1]) أنظر التوضيح: 88/2

([2]) أنظر الموافقات: 207/4– 207, والاعتصام. 139/2.

([3]) المصدرين نفسيهما: وأحكام القرآن لإبن العربي: 755/2, وهكذا جاء فيه, أما الشاطبي فقد ذكره بلفظ (نقض العلة) .

وبعض العلة على ما أرى هو قيد (عدم حرج) في كل علة، بمعنى أنه متى أدى أطراد الدليل الى حرج ومشقة يترك العمل بالدليل لطرآن الحرج، مع بقاء العلة[1].

وانما قلت: مع بقاء العلة لأنه صرح بأن الإستحسان استثناء.

التعريف الرابع

الإستحسان هو:

(العمل بأقوى الدليلين)

ذكره إبن العربي وقال : (بأن الإستحسان الذي يقولون به هم والحنفية كذلك، وزاد قائلا:

(إن العموم إذا استمر، والقياس إذا أطرد فإن مالكا وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأي دليل كان من ظاهر أو معنى)[2].

ونسب أبو الوليد الباجي هذا التعريف لمحمد بن خويذ منداد من المالكية ونقل عنه قوله:

(إن معنى الإستحسان الذي ذهب اليه مالك هو القول بأقوى الدليلين) ، ومثل لذلك:

---

([1]) هذا عند المجوزين لتخصيص العلة من القائلين بالإستحسان, وأما عند المانعين منهم لتخصيص العلة فإن الحكم في حالة طرآن الحرج ينعدم لانعدام العلة بناء على أن قيد (عدم حرج) هو ركن علة والشيء لا يبقى بعد فوات ركنه, لكن عند المجوزين ومنهم ابن العربي : فإن قيد (عدم حرج) شرط لظهور أثر عن العلة لا ركنها ولذها قالوا ببقاء العلة من انعدام الحكم, ولما كان عبارة (ببعض العلة) شاملة للحالتين اخترتها دون عبارة الشاطبي وهي (نقض العلة) . انظر تفاصيل آراء العلماء في هذه المسألة في الفصل الرابع.

([2]) أنظر له: أحكام القرآن : 754/2. والاعتصام : 138/2,. وأحكام الفصول: 564.

بتخصيص العرايا من بيع المرطب بالتمر[1]، وتخصيص الرعاف دون القيء بالبناء للسنة الواردة فيهما[2]، وذلك أنه : لو لم ترده سنة بالبناء في الرعاف لكان في حكم القييء في عدم صحة البناء، لأن القياس يقتضي تتابع الصلاة وإذا وردت السنة بالرخصة بترك التتابع في بعض المواضع صير اليها، وأبقي الباقي على اصل القياس، ثم عقب الباجي قائلا: ( وهذا الذي ذهب اليه هو الدليل، وإن كان يسميه إستحسانا على سبيل المواضعة، ولا يمتنع ذلك في حق كل صناعة إلا أن هذا بحاجة الى كشف وبيان) .

وبدأ بتفسير ما تقدم قائلا:

(أن القياس أنما اقتضى ترك البناء بشهادة أصول ترد اليها هذه الفروع وتلك الفروع ثابتة بالشرع، والورود في البناء من الرعاف قد أثبت أصلا آخر، فلا يخلو أن يحمل الفرد المتردد بين هذين الأصلين على أولاها به، فيخرج عن معنى التخصيص الذي ذكره، أو يحمله على أكثر الاصول بأن تكون الاصول التي أدعى القياس عليها كثيرة فبهذا أنما يكون القول بالإستحسان ضربا من الترجيح على قول من رأى الترجيح بكثرة الاصول) ،ثم قال:

---

([1]) والى جواز ذلك ذهب جمهور الفقهاء وسندهم في ذلك حديث زيد بن ثابت : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخض في العرايا أن تباع في خصرها تمرا.أنظر صحيح البخاري مع حاشية السندي: 55/2.

([2]) لم يذكر الباجي أثرا مرفوعا في ذلك في كتاب المنتقى, وما جاء في الموطأ بهذا الخصوص: (أن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما كان إذا رعف انصرف فتوضأ ثم رجع فبنى ولم يتكلم ) وأخرج الامام مالك مثل ذلك عن عبدالله بن عباس وسعيد بن المسيب, أنظر : الموطأ بشرح المنتقى : 1/82-85 .

(وهذا ليس ببعيد).

أقول: صرح الحنفية بأن المدار في ترجيح الإستحسان على القياس هو قوة الأثر ، وأن من لوازمها كثرة الأصول، فالإستحسان على هذا ترجيح بكثرة الاصول[1]، بأن يقال: أن المسائل المنصوصة أو المجمع عليها والتي عدل فيها عن القياس رفعا للحرج تجعل بمثابة أصول مقيس عليها، في مقابل اصل واحد وهو المعدول عنه.

وأنكر كل من إبن الانباري والقرافي كون الإستحسان عملاً بأقوى الدليلين[2].

وذكر القرافي: أن الإستحسان لو كان عملا بأقوى الدليلين لكان ينبغي أن يكون محل إجماع. لكنه ليس كذلك.

وأرى من الضروري أن أقول : ان الإستحسان. إذا كان عدولا الى النص أو الإجماع فهو عدول الأقوى الدليلين قطعا، وأما إذا كان عدولا الى غيرهما -كسائر أنواع الإستحسان- فإنه يكون عدولا الى أقوى الدليلين أيضا، لأن المعدول من أجله وإن كان مصلحة إلا أن هذه المصلحة قد شهدت لها عدة أصول في الشرع من حيث الجملة. فهو ترجيح بكثرة الأصول وكثرة الأصول قوة، فمعنى القوة في هذه الحالة تظاهر الأدلة.

التعريف الخامس

الإستحسان هو:

---

([1]) أنظر: المطلب الأول من المبحث الثاني: الفصل الثالث.

([2]) أنظر: البحر المحيط :88/6. وشرح تنقيح الفصول: 451.

(الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي)[1].

وهذا التعريف لإبن الانباري المالكي، وقال:

إن هذا هو الظاهر من مذهب مالك، فهو يقدم الاستدلال المرسل على القياس.

وفصل الشاطبي في شرح هذا التعريف وخلاصة كلامه :

إن الإستحسان تقديم للاستدلال المرسل على القياس، فحينما يؤدي اجراء القياس وأطراده في بعض موارده الى حرج ومشقة يستثنى موضع الحرج. وبين ان استثناء موضع الحرج معلوم في الشرع، ثم ذكر جملة من الاستثناءات منها: القرض فإنه ربا في الأصل لأنه الدرهم بالدرهم الى أجل، ولكنه أبيح لما فيه من المرفقة والتوسعة على المحتاجين بحيث لو بقي على أصل المنع لكان في ذلك ضيق على المكلفين.

وكذلك بيع العرية ، وجمع المسافر ، والقصر والفطر في السفر، وسائر الترخصات ، فإن جميعها راجعة الى اعتبار المآل- قوة الأثر- في تحصيل المصالح ودرء المفاسد.

قال : (لأن التمسك بالدليل العام في كل الأحوال يؤدي الى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة،فتم مراعاة ذلك المآل الى أقصاه)[2].

ويجب التنبيه هنا على أن المالكية ما داموا يرون ضرورة ظهور الاعتبار الشرعي للمصلحة التي يأخذون بها في مقابلة الدليل الكلي[1].

---

([1]) أنظر الموافقات: 206/4, والاعتصام: 139/2، والبحر المحيط: 89/6، وارشاد الفحول: 241، و (مالك) لأبي زهرة: 300، جاء في البحر المحيط: باسم الأبياري, والظاهر أن الصحيح هو ابن الانباري فهكذا جاءت في المصادر الأخرى المؤشرة.

([2]) الموافقات: نفس الاشارة وما بعدها.

فإن هذا يعني تحقق القياس بمعنى أن الشاهد الشرعي يجعل مقيسا عليه وموضع الإستحسان مقيسا وبهذا فإن هذا التعريف لا يختلف عن تعريف من قال بأن الإستحسان : عدول من قياس الى قياس أقوى، وبغية توضيح ذلك أذكر المثال الآتي:

جاء في بداية المجتهد[2]:

اختلف العلماء في زوجة المفقود- الذي جهلت حياته أو موته في أرض الاسلام- إذا رفعت أمرها الى الحاكم طالبة الزواج من آخر، هل يجوز أم لا ؟

فذهب الإمامان أبو حنيفة والشافعي، والثوري الى أنه لا يجوز لها أن تتزوج إلا بعد أن تصح موت المفقود ، وهو مروى عن علي وإبن مسعود رضي الله عنهما، وذهب الإمام مالك إلى أنه يضرب لها أجل اربع سنين من يوم رفع أمرها الى الحاكم فإذا مضت المدة تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا ثم يجوز لها بعد ذلك أن تتزوج.

قال إبن رشد:

(وسبب اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس وذلك أن استصحاب الحال يوجب أن لا تنحل عصمة إلا بموت أو طلاق ، حتى يدل الدليل على غير ذلك .

وأما القياس- و الكلام لإبن رشد- فهو تشبيه الضرر اللاحق لها من غيبة بالايلاء أو العنة فيكون لها الخيار كما يكون في هذين) وزاد:

---

([1]) أنظر : الموافقات: 1/39-41 .

([2]) أنظره : 2/57.

(وهذا القول –أي قول الإمام مالك – مبناه تجويز النظر بحسب الاصلح في الشرع وهو الذي يعرف بالقياس المرسل).

أقول: والقياس هنا معارض بالأصل المذكور. وهو قياس مرسل فهو أخذ بمصلحة جزئية – وهي مراعاة جانب الزوجة المتضررة بفقدان زوجها– في مقابلة أصل كلي وهو: أن الفرقة لا تحصل إلا بطلاق أو موت.

وتجدر الإشارة الى أن إبن رشد عبر عن الإستحسان بالقياس المرسل في مواضع من كتابه بداية المجتهد[1].

وهذا إذا فسرنا القياس بالتشبيه والالحاق، وأما إذا فسرناه بالمعنى المستنبط[2]، يقال: ان ظاهر المسألة المذكورة أحال ذهن المجتهد باديء الأمر الى الأصل المذكور، فالحكم في نظائر هذه المسألة : بقاء العصمة ، لكنه بعد التأمل وجد أن المسألة المعروضة تختص بالمعنى المؤثر– وهو تضرر الزوجة بالضرر المفهوم من المسألة– وهذا المعنى أحال ذهنه الى أصل أو اصول عدة ، والأصل هنا هو الايلاء ، والعنة.

وهنا نجد أن المعنى المذكور قد ظهر اعتباره شرعا في موضع، أو موضعين أو مواضع عدة فهو معنى مؤثر، وهناك وجه آخر لتسميته بالمؤثر وهو كونه مستنبطا بالعقل، لأنه غير منصوص ولا مجمع عليه.

ووجه تسميته بالقياس المرسل هو اختلاف الصورة بين الايلاء أو العنة وبين الفقد ، مع الاتفاق في المعنى ، وهو معلوم.

---

(1) أنظره : 2/201, 291 .

(2) عرف أبن رشد القياس بانه عبارة عن استنباط المعنى من الالفاظ . أنظر بداية المجتهد : 2/141. و على هذا يكون القياس مساواة لا تشبيها أو الحاقا.

ويلاحظ هنا أن الترجيح هو بقوة الأثر – المعنى المؤثر – وبكثرة الاصول أيضا، والظاهر أن الحنفية والشافعية نظروا الى مصلحة الزوج ووجدوها أقوى من مصلحة الزوجة.

التعريف السادس

الإستحسان هو : (العدول عن حكم الدليل الى العادة لمصلحة الناس)[1].

والظاهر أنه للمالكية لقربه من تعريف أشهب للإستحسان. إذ عرفه بأنه عبارة عن : تخصيص الدليل بالعرف لمصلحة الناس[2].

ومعناه على ما ذكر المحلي:

العدول عن العمل بمقتضى الدليل الى مقتضى العادة.

وواضح أن هذا التعريف خاص بنوع من أنواع الإستحسان وهو استحسان العرف.

وقد مثل الاصوليون للتعريفين المتقدمين بدخول الحمام من غير تعيين زمن المكث وتعيين قدر الماء ، وكذا بشرب الماء من أيدي السقائين من غير تعيين قدر الماء.

وقد جعل بعض الأصوليين هذا التعريف من التعريفات المترددة بين القبول والرد ومدار ذلك على العادة، قالوا:

فإن أريد بها ما اتفق عليه الأمة من أهل الحل والعقد فهو حق وحاصله راجع الى الاستدلال بالإجماع، وإن أريد بها عادة من لا يحتج

---

(1) أنظر: منتهى الوصول: 208 . وشرح المحلي على جمع الجوامع ( مع البناني) :218/2, والأحكام للآمدي: 393/2, وغاية الوصول: 139 وارشاد الفحول: 241 وانظر: للإستحسان العرف فضل التطبيقات.

(2) أنظر إيصال السالك الى اصول مذهب مالك: 36 .

بها كالعادات المستحدثة للعامة فيما بينهم فذلك يمتنع ترك الدليل الشرعي به[1].

التعريف السابع

الإستحسان هو:

(ترك قياس قوي الشبه الى قياس بعيد الشبه لمقتض من عرف أو مصلحة)[2].

وهذا التعريف اللخمي. ومعناه على مايبدو لي:

أن موضع الإستحسان بصورته –وهو وجه قوة الشبه– يندرج ضمن مقتضى حكم أصل من عموم نص، أو قياس أصولي، أو قاعدة عامة أو غيرها لكن بعد التأمل يجد المجتهد أن هذا الموضع يحتوي على معنى لا يوجد في نظائره– من أفراد القياس المعدول عنه– ، وبذلك فإن الموضع ذاك يفارق سائر المواضع التي ينبغي اثبات مقتضى الأصل المعدول عنه فيها، وهذا (المعنى) هو طرآن حصول الضرر والحرج عند تطبيق مقتضى الأصل المعدول عنه ، وعندئذ يحيل هذا المعنى ذهن المجتهد الى أصل منصوص او مجمع عليه فيستشهد به أو يقيس مسألته عليه.

والمثال الذي ذكرته للتعريف الخامس ، يمكن أن يمثل به لهذا التعريف أيضاً.

---

([1]) أنظر: الأحكام وغاية الوصول ، وارشاد الفحول , الاشارة نفسها .

([2]) أنظر: تعليل الأحكام: 356 نقله عن التبصرة للخمي دون الاشارة الى رقم الصفحة.

## المطلب الثالث

## تعريفات الحنابلة

تعريفات الحنابلة للإستحسان ليست في حقيقتها – على ما يبدو – سوى ترداد لتعريفات الحنفية والمالكية لذا فإني سأذكر أربعة من تعريفاتهم مقتصرا في بعضها على مجرد العرض و أوجز الكلام في البعض الأخر.

التعريف الأول

الإستحسان هو:

(العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة)[1].

ذكره إبن مقدامة، وهو ظاهر في قصره الإستحسان على ما تم منه بالكتاب والسنة، ومثله قوله الحلواني:

الإستحسان هو (ترك القياس لدليل أقوى من كتاب أو سنة أو إجماع)[2]. ولم يذكر القياس.

لكن الطوفي وغيره عرفوه بأنه:

(العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص)[3].

والإستحسان بهذا التعريف لا يختص باستحسان النص والإجماع بل يشمل الإستحسان بالقياس أيضاً.

مثل الطوفي لهذا التعريف بقول أبي الخطاب في مسألة العينة[4] وهي:

---

([1]) أنظر : روضة الناظر بشرح نزهة الخاطر: 407/1.

([2]) المسودة: 452 .

([3]) شرح مختصر الروضة: 197/3, والمختصر في أصول الفقه لإبن اللحام 162.

([4]) وسيأتى تفصيل آراء العلماء و أدلتهم فى هذا البيع .

إذا أشترى شخص الشيء الذي باعه بأقل مما باعه قبل نقد الثمن الأول لم يجز إستحسانا، وفي القياس جائز.

فالحكم في نظائر هذه المسألة من الربويات: الجواز، وهو القياس، ولكن عدل بها عن نظائرها بطريق الإستحسان فمنعت، ثم قال الطوفي:

(وحاصل هذا يرجع الى تخصيص الدليل بدليل أقوى منه في نظر المجتهد) والظاهر أن أبا الخطاب يريد بالنظائر هنا:

ما إذا أشتراه بمثل الثمن أو بأكثر منه، وكذلك إذا اشترى السلعة شخص آخر غير الذي باعها سواء كان بمثل الثمن أو أكثر منه أو أقل فإن البيع جائز في هذا كله بالإجماع.

وإن صح هذا التفسير لمراده، فأن من الممكن القول بأن الصورة هي صورة بيع، ولكن شراء الشخص ما باعه بأقل مما باعه به قبل نقد الثمن دل على أن البائع الشاري لا ينوي البيع الذي أحله الله بل يريد التوصل الى الربا المحرم.

فظاهر المسألة أحال ذهن المجتهد الى البيع وهذا هو القياس الظاهر . ولكن بعد التأمل وجد المجتهد المعنى المذكور فأحال ذهنه الى الربا وهو القياس الخفي ، وقد قال تعالى: (وأحل الله البيع وحرم الربا)[1].

على أن المعنى المستنبط نفسه يسمى قياسا خفيا أيضا لكونه المدار والمعنى المؤثر[2].

<u>التعريف الثاني</u>

---

([1]) سورة البقرة: 275.

([2]) سبق القول بأن القياس الخفي يطلق علىالمعنى المستنبط والاحالة الذهنية الى الأصل الشاهد.

الإستحسان هو:

(العدول عن موجب القياس الى دليل أقوى).

ذكره أبو الخطاب وقال: هو مقتضى كلام أصحابنا في الإستحسان[1].

التعريف الثالث

الإستحسان هو:

(ترك حكم الى حكم هو أولى منه)[2].

قال القاضي يعقوب:[3]

القول بالإستحسان مذهب أحمد وهو أن يترك حكما الى حكم هو أولى منه.

وقد سبق ذكر هذا التعريف ضمن الكلام على تعريف الجصاص.

التعريف الرابع

الإستحسان هو :

(ترك القياس الجلي وغيره لدليل نص من خبر واحد أو غيره)

ذكره صاحب المسودة دون أن يشرحه[4]،

و واضح أنه يرى أن كلا من المعدول عنه و المعدول اليه أنواع.

هذا وقد ذكروا تعريفات أخرى منها[5]:

---

(1) إنظر المسودة:450 .

(2) أنظر : روضة الناظر: 408/1

(3) وهو القاضي يعقوب الكبرى قاضي باب الأزج من أصحاب القاضي أبي يعلى قرأ عليه عامة الحنابلة في بغداد, توفي سنة 408.أنظر: نزهة الخاطر :407/1-408.

(4) المسودة: 451 .

(5) المصدر نفسه : 451 وما بعدها.

- هو قول بأقوى القياسين.
- وهو أولى القياسين .
- وهو تخصيص العلة.

وقد تقدم ذكر هذه التعريفات ضمن تعريفات الحنفية.

## المطلب الرابع

## تعريف المعتزلة والزيدية للإستحسان

**أولا: تعريف المعتزلة :**

الإستحسان هو:

(ترك وجه من وجوه الاجتهاد غير شامل شمول الألفاظ لوجه أقوى وهو في حكم الطاريء على الأول)[1].

هذا التعريف لأبي الحسين البصري ، قاله معدلا تعريف أبي الحسن الكرخي بعدما أخذ عليه عدم كونه مانعا من دخول النسخ والتخصيص فيه.

توضيح التعريف[2]:

لم يوضح أبو الحسين البصري تعريفه كما ينبغي، ومن هنا فقد حصل اختلاف في تفسير بعض فقرات تعريفه، وفيما يأتي أهم ما قيل في شرح تلك الفقرات:

قوله: (ترك وجه من وجوه الاجتهاد):

فسره البدخشي: (بأن الواقعة المعروضة أمام المجتهد تحتمل وجوها كثيرة يمكن الأخذ بكل منها فترك المجتهد وجها لوجه أقوى).

---

([1]) أنظر : المعتمد : 840/2. والأحكام للآمدي: 392/4, والمحصول: ج2ق 169/2. والابهاج: 189/3, وشرح المدخشي والاسنوي على منهاج الوصول: 139/3. ومنتهى الوصول: 208, والتلويح: 81/2, وشرح تنقيح الفصول: 452, وشرح مختصر الروضة: 198/3-199.

([2]) أنظر المعتمد: وشرح تنقيح الفصول, وشرح مختصر الروضة, وشرح المدخشي،الاشارات نفسها.

والظـاهر إن هـذا نفـس مـا فهمـه القرافـي ومثـل لـذلك بتضـمين الصـناع المؤثرين فـي الأعيـان بصـنعتهم، وتضـمين الحمـالين للطعـام والأدام دون غيـرهم مـن الحمـالين، فـالمتروك هنـا هـو عـدم التضـمين الـذي هـو شـأن الإجارة.

أقول : وبهذه الفقرة: يخرج ورود الإستحسان– الذي ليس بتخفيف – فيمـا لا يعقـل معنـاه، كالمسـائل التعبديـة، لأن الاجتهـاد إنمـا يقـع فيمـا يعقل معناه.

قوله : (غير شامل شمول الالفاظ):

أي أن هـذا الوجـه المتـروك مـن وجـوه الاجتهـاد والـذي هـو عـدم التضمين غير شامل شمول الالفاظ ، لأنه قاعدة معنوية لفظية، وفـي هذا إحتراز من دخول التخصيص لأن العام في حقيقته من الالفاظ الشاملة.

قوله: (لوجه أقوى).

قال القرافي شارحاً:

(فـإن العـرف الـذي لـوحظ فـي صـورة الضـمان اعتبـاره راجـح علـى عـدم اعتبـاره و إضـافة الحكـم الـى المشـترك الـذي هـو قاعـدة الاجـارة وعـدم التضمين) .

قوله: (وهو في حكم الطاريء على الأول) .

قال أبو الحسين:

(ولا يلزم على ذلك – أي على كون وجه الأقوى طارئا على الأول–

قول الحنفية تركنا الإستحسان بالقياس[1]، لأن القياس الذي تركوا له الإستحسان . ليس في حكم الطاريء على الأول بل هو الأصل ، ولذلك لم يصفوه بالإستحسان وإن كان أقوى في ذلك الموضع مما تركوه).

وكلام القرافي الآتي يوضح ما تقدم أكثر، فقد قال:

(وهذا العرف- الذي هو الوجه الأقوى الذي هو الإستحسان- في حكم الطاريء على قاعدة الاجارات ، فإن المستثنيات طارئات على الأصول وأما أحد القياسين مع الأخر فليس أحدهما أصلا للآخر حتى يكون في حكم الطاريء عليه).

ويمكن القول في ضوء ما تقدم أن أبا الحسين أراد بهذا التعريف ما يأتي:

أولاً. إخراج التخصيص من التعريف .

ثانياً. إخراج النسخ لأن الواقعة هي موضع اجتهاد والاجتهاد رأي والنسخ لا يجوز بالرأي[2].

ثالثاً. أن الأمر الطاريء لا تحتويه قاعدة أخرى ظاهرة، وإلا لم يكن طارئاً.

ومقتضى ذلك: عدم دخول استحسان النص والإجماع والضرورة إلا أن يقال الطرآن هو بحسب ما تبادر.

وقد ورد في هذا التعريف من القيود ما يمنع دخول النسخ والتخصيص في مفهوم الإستحسان، لكنه منع دخول استحسان النص

---

([1]) كما في مسألة الاختلاف في ذراع المسلم فيه الأية أثناء الكلام عن التعارض والترجيح بين القياس والإستحسان.

([2]) أنظر ميزان الأصول: 922/2 وفيه: النسخ لا يجوز بالرأي.

والإجماع والضرورة. وهي من أنواع الإستحسان عند الحنفية، وقد وافقتهم على ذلك كثير من غيرهم فهو بذلك يعد غير جامع ، وأيضا فإن هذا التعريف لم يبرز بوضوح أهمية الإستحسان بكونه ضابطاً لمسار الأدلة ، فلا يتعدى عمل الدليل المجال المرسوم له شرعاً، فالإستحسان يوقف اطراد الدليل في المواضع التي يؤدي اطراده فيها الى عنت وحرج أو الى عدم تحقق المصلحة التي أراد الشارع تحقيقها من تشريع الحكم ، وقد أبرز هذه الناحية كثير من التعريفات السابقة وعلى النحو الذي مر.

**ثانياً. تعريف الزيدية :**

عرف الزيدية الإستحسان بأنه:

(العدول عن القياس لأمر طاريء أوجب الأخذ بدليل أقوى)[1].

وهذا قريب من تعريف أبي الحسين البصري.

## المطلب الخامس

## تعريفات بعض العلماء والباحثين المعاصرين للإستحسان

قبل أن اذكر ما يمكن استنتاجه من التعريفات السابقة، أرى من الأهمية بمكان أن أورد نماذج من تعريفات بعض العلماء والباحثين المعاصرين وغرضي من ذلك بيان أمرين:

أولهما: القاء الضوء على ما فهموه بشأن حقيقة الإستحسان.

ثانيهما: التأكيد على عدم وجود تعريف متفق عليه.

ومن هذه التعريفات:

---

([1]) أنظر: لاستاذنا الدكتور هاشم جميل عبدالله : مسائل من الفقه المقارن: 43/1 .

- ما عرفه الاستاذ زكي الدين شعبان: فقال[1]:

يطلق الإستحسان على أمرين:

أحدهما: القياس الذي خفيت علته لدقتها وبعدها عن الذهن الواقع في مقابلة قياس ظهرت علته لتبادرها الى الذهن أولا.

الثاني : استثناء مسألة جزئية من أصل عام لدليل خاص يقتضي هذا الاستثناء سواء كان نصا أو أجماعا، أو ضرورة، أو عرفا أو مصلحة أو غيرها.

- وتعريف الشيخ عبدالوهاب خلاف بأنه[2]:

(العدول عن حكم اقتضاه دليل شرعي في واقعة ، الى حكم آخر فيها لدليل شرعي اقتضى هذا العدول).

وقال : (وهذا الدليل الشرعي المقتضي للعدول هو سند الإستحسان فالإستحسان عند التحقيق ترجيح دليل على دليل أخر يعارضه بمرجح معتبر شرعاً).

- ومنها تعريف الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي بأنه[3]:

(استثناء خاص، من قاعدة ، اقتضاه دليل شرعي صحيح).

- وتعريف الاستاذ الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي بأنه عبارة عن[4]:

---

([1]) أنظر له: أصول الفقه الاسلامي: 156.

([2]) أنظر له: مصادر التشريع فيما لا نص فيه: 71-72.

([3]) أنظر له: ضوابط المصلحة في الشريعة الاسلامية: 244

([4]) أنظر له: اصول الفقه الأسلامي في نسيجه الجديد: 187/1.

(عمليـة اجتهاديـة عقليـة تسـتهدف تـرجيح العمـل بـدليل الحكـم الاستثنائي علـى العمل بدليل الحكم الأصلي، في واقعة معينـة، إذا وجده المجتهد أحسن بمعيار شرعي) .

– ومن ذلك تعريف الدكتور يعقوب عبدالوهاب بأنه[1]:

(العدول فـي مسألة عن مثل ما حكم بـه فـي نظائرها الـى خلافه لوجه يقتضـي التخفيف ويكشف عن وجود حرج عن الحاق تلك الجزئيـة بنظائرها في الحكم).

وبعد أن ذكرت جملة من تعريفات المعاصرين يلاحظ أنها جميعا قد استعملت عبارات المتقدمين صراحة أو ضمنا، كما أنها جميعا يمكن أن يؤخذ عليها نفس ما أخذ علـى تعريف أبـي الحسن الكرخـي من أن التعريف غير مانع من دخول النسخ والتخصيص فيه.

أهم ما يستنتج من التعريفات السابقة

سـبق ذكـر الملاحظـات الخاصـة عـن أحـاد التعريفـات لـذا فـإني أقتصر هنا على ذكر ما يلاحظ بوجه عام من تلك التعريفات، وتتلخص هذه الملاحظات بما يأتي:

أولاً. أن جميـع التعريفـات قـد اتفقـت علـى أن الإستحسـان عـدول، سـواء بصـريح العبـارة، أو بمـا يـؤدي المعنـى نفسـه كالتخصـيص، والتـرك، والطرح ، والاستثناء ، وما الى ذلك[2].

---

([1]) أنظر له: رفع الحرج في الشريعة الاسلامية: 389.

([2]) أنظر: مصادر التشريع فيما لا نص فيه. 71

ثانياً. أن عبارة القياس في كثير منها وردت لا بمعنى القياس الأصولي المعروف فحسب، بل بمعنى الأصل والدليل الكلي، والذي يشمل النص العام، والقاعدة العامة أيضا.

ثالثاً. أن جميع القائلين بالإستحسان متفقون على أن هذا العدول أو الترك أو الاستثناء، لا بد له من سند من الشرع[1]، سواء كان نصا أو إجماعا أو معنى مستنبطا منهما.

رابعاً.بالرغم من أن الكثير من المسائل الإستحسانية متجهة نحو التيسير والتخفيف ورفع الحرج ، و عند جميع القائلين بالإستحسان إلا أن هذا الاتجاه أظهر في تعريفات المالكية منه الى تعريفات الحنفية، ولعلهم نظروا الى أن الإستحسان لا يختص بهذا النوع بل أن هناك من مسائله ما لا يميل الى التيسير فآثروا عدم التنصيص عليه في تعريفاتهم ، على أني اقصد بهذا تعريفاتهم بوجه عام، وإلا فإن بعضا منها صريح بهذا الخصوص كتعريف الجرجاني، وكذلك تعريف السرخسي والعبارات التي أوردوها عقبه.

خامساً.أن بعض العبارات قد تسربت الى بعض التعريفات كالتي سبقت الاشارة اليها في التعريف العاشر المنسوب الى الحنفية. فاني أعود هنا وأؤكد عدم ورود مثل ذلك على لسان الإمام ابي حنيفة ولا على لسان أحد من العلماء القائلين بالإستحسان.

---

([1]) انظر: مصادر التشريع فيما لا نص فيه .

## المطلب السادس

## التعريف المختار

لم تسلم التعريفات السابقة من اعتراض موجه اليها، ويعود ذلك الى صعوبة حد الإستحسان حدا حقيقيا يسلم من الاعتراض.

ورأى بعض العلماء أن من الصعب حد القياس حدا حقيقيا، لأنه يتألف من حقائق عدة لا تندرج ضمن خاصية نوع ولا تحت حقيقة جنس[1]، وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة الى القياس فإن أمكانية حد الإستحسان حدا حقيقيا أصعب بل يكاد يكون متعذرا. وذلك لما يأتي:

الإستحسان عند الحنفية أنواع، ولكل نوع من هذه الأنواع خصائصه ومميزاته ، وعلاوة على ذلك فإن القائلين بالإستحسان منقسمون على فرق، فريق يرى أن العلة موجودة في موضع الإستحسان ، فهو بذلك تخصيص واستثناء ، وفريق يرى أن انعدام الحكم في موضع الإستحسان هو لانعدام العلة ، فهو بذلك لا يكون تخصيصاً ، وفريق ثالث يرى التفصيل في ذلك ، وعلاوة على ذلك، فإن المعدول عنه لا يكون في كل الأحوال: القياس الأصولي المعروف، بل قد يكون نصاً عاماً ، أو قاعدة كلية، أو أصلا مستنبطا، فلهذه الاسباب وغيرها استطيع القول بعدم امكانية حد الإستحسان بحد جامع لأفراده، مانع من دخول غيره فيه، على أن هذا لا يمنع من محاولة صياغة تعريف يعبر قدر المستطاع عن حقيقته وجوهره.

---

([1]) أنظر: أرشاد الفحول, 198, ومباحث العلة في القياس عند الأصوليين ، للاستاذ الدكتورعبدالحكيم عبدالرحمن السعدى : 21-20 .

وبعد مذاكرة مع أستاذي الدكتور هاشم جميل عبدالله استقر الرأي على صياغة تعريف تنتخب الفاظه من صياغات الأئمة المتقدمين ، لما تمتاز به الفاظهم من إيجاز ودقة في إصابة المعاني مع اجراء بعض التعديل الذي يقتضيه وضوح العبارة أو شمولها عند اللزوم على أن تتوفر في التعريف أربعة أمور هي:

الأول: أن يكون التعريف جامعا، ويبدو أن مما يساعد على ذلك: تجنب لفظ القياس في التعريف، وذلك لأنه إذا أريد به القياس الأصولي فإن التعريف يكون غير جامع كما سبق بيان ذلك وإذا أريد به ما يشمل الأصل الكلي: سواء فيه النص العام والقاعدة الكلية ، والقياس الأصولي فإنه في هذه الحالة يكون موهما، والبعد عن الأيهام لا سيما في التعريفات أمر مهم جدا، ولهذا الجانب نختار عبارة أبي الحسن الكرخي الذي عرف الإستحسان بقوله: العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها الى خلافه لوجه أقوى.

فقوله: (العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها) عبارة تمتاز بوضوحها في الدلالة على أن المعدول به في الإستحسان مسألة جزئية، وأن هذه المسالة مع نظائرها كانت مندرجة تحت أصل كلي، والأصل الكلي-كما هو معلوم- أعم من أن يكون قياسا، أو نصا عاما، أو قاعدة كلية، إذن فإن الدليل المعدول عنه قد يكون أي واحد من هذه وليس محصورا بالقياس الأصولي.

الثاني: لكي تتضح أهمية الإستحسان ينبغي أن يتضمن التعريف السبب الذي من أجله حصل العدول وهو: أن أطراد حكم الأصل في

موضع الإستحسان يؤدي الى حرج ، أو الى انتقاء المصلحة المقصودة، من قبل الشارع في تشريع الحكم، وهذا الجانب أبرزه بوضوح تعريف إبن رشد إذ عرف الإستحسان بقوله:

(هو طرح لقياس يؤدي الى غلو مبالغة فيه ، فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضع من تخفيف أو مفارقة) فقوله في التعريف : (يختص به ذلك الموضع من تخفيف أو مفارقة)، قد أفصح عن هذا الجانب تمام الافصاح كما سبق بيان ذلك ، لكن عبارة السرخسي- على اختصارها- يبدو أنها أكثر وضوحا، فقد عرف الإستحسان بقوله:

(ترك القياس بما هو أوفق للناس).

فما هو أوفق للناس يشمل كل ما يعلمه الشارع مما فيه مصلحة لهم سواء كان ذلك فيما هو أخف عليهم أو غير ذلك.

الثالث: لا بد أن يكون التعريف مانعا من دخول غير افراد الإستحسان فيه ، ومعلوم أن تعريف أبي الحسن الكرخي كان موضع اعجاب العلماء، ألا أنه اعترض عليه بأنه غير مانع من دخول النسخ والتخصيص في مفهوم الإستحسان ومن هنا جاء تعريف أبي الحسن البصري متلافيا لهذا الاعتراض ، إذ عرف الإستحسان بقوله:

(ترك وجه من وجوه الاجتهاد غير شامل شمول الالفاظ لوجه أقوى وهو في حكم الطاريء على الأول).

فقوله: (ترك وجه من وجوه الاجتهاد، غير شامل شمول الألفاظ) أخرج به النسخ والتخصيص كما سبق بيان ذلك، لكن عبارة هذا التعريف

فيها شيء غير قليل من الغموض فالمقارنة متعذرة بينها وبين عبارة أبي الحسن الكرخي من حيث السلاسة والوضوح ، لهذا فإن من المهم المحافظة على عبارة الكرخي ويكفي أن يستثنى منها النسخ والتخصيص صراحة كما سيأتي.

على أن كون الإستحسان تخصيصا موضع الخلاف بين القائلين بالإستحسان ولكن لما ترجح لدينا عدم كونه كذلك ، وآثرنا التنصيص عليه في التعريف.

الرابع: أن العدول في الإستحسان عن الدليل الاصلي لا بد له من سند شرعي، والتعريفات كلها تشير الى ذلك بالفاظ مختلفة فتقول: (لوجه أقوى)، او (قياس أقوى) أو ( الى ما هو أولى)، أو(لمعنى مؤثر في الحكم) أو (الدليل الخاص) ، أو(الدليل الأقوى).

وكلها تؤدي معنى واحدا ، ويبدو أن التعبير بـ(المقتضي الشرعي) أو (السند الشرعي) أولى ، لأن هناك استحسان الضرورة والحاجة ، واطلاق اسم الدليل على الضرورة قد يكون محل نزاع، لكنه لا نزاع في أنه مقتض شرعي للعدول ، كما أنه لا نزاع في أطلاق اسم المقتضي الشرعي على أي دليل من الأدلة التي تم العدول من أجلها كالنص والإجماع وغيرهما.

إذا تقرر ذلك فإن التعريف المختار للإستحسان هو:

(العدول في مسألة ، عن مثل ما حكم به في نظائرها ، الى حكم أخر أوفق للناس لمقتض شرعي- ليس ناسخا ولا مخصصا- يقتضي ذلك العدول).

# الفصل الثاني

## حقيقة المراد بالقياس الجلي والقياس الخفي
## (المعدول عنه والمعدول اليه)

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: المراد بالقياس الجلي (المعدول عنه).
المبحث الثاني: المراد بالقياس الخفي (المعدول اليه).

## تمهيد

يتألف الإستحسان من عناصر ثلاثة. ما يعدل عنه، وما يعدل اليه، ووجه العدول، والفصل بين الثاني والثالث وإن كان صعبا في حقيقة الأمر إلا أني أفصل بينهما بغية التوضيح والبيان، وسأخص العنصر الثالث بالذكر في الفصل الأتي، وأما العنصران الأول والثاني فسأتكلم عنهما في هذا الفصل وسيكون ذلك في الوقت نفسه تمهيدا لما أذكره في وجه العدول.

لم أجد في حدود ما وقفت عليه من المصادر لأحد من العلماء القائلين بالإستحسان تحديدا لحقيقة ما يعدل عنه في الإستحسان، فقد عبروا عنه في الاغلب بالقياس وأما بشأن ما يعدل اليه وهو المنشأ لما يطلق عليه أنواع الإستحسان فإن للقائلين بالإستحسان بشأنه اختلافا في التقسيم والتنويع حتى بين أصحاب المذهب الواحد.

ولما كان الإستحسان واحدا عند الجميع في مضمونه ومؤداه، ولم يكن الاختلاف المشار اليه الا اختلافا في العبارة أثرت أن أجعل التعريف أو العبارة الأتية لبعض الحنفية محور الكلام في هذا الفصل، فقد قال بعض الحنفية: أن الإستحسان يطلق بأطلاقتين:

إطلاق خاص: وهو ترك قياس جلي الى قياس خفي.

إطلاق عام : وهو كل دليل في مقابلة القياس الظاهر كالنص والإجماع والضرورة[1].

---

([1]) أنظر : فواتح الرحموت ومسلم الثبوت: 320/2 .

وعلى الرغم من جعل هؤلاء : ترك القياس الجلي الى قياس خفي نوعا من أنواع الإستحسان مختلفا عن استحسان الضرورة ألا أن العبارة المذكورة أعم من ذلك وأشمل الى درجة استطيع القول بأنها صالحة لاحتواء استحسان النص والإجماع أيضا فضلا على الضرورة ومما يؤكد شمول العبارة المذكورة لإستحسان الضرورة أن بعضا ممن قسم التقسيم المذكور أرجع استحسان الضرورة الى القياس الخفي[1]على ما أبين لاحقاً.

وعلى أية حال فإن العبارة المذكورة صالحة لكي تجعل نقطة الانطلاق لبيان حقيقة كل من المعدول عنه والمعدول اليه في الإستحسان ليس فقط عند الحنفية بل عند القائلين بالإستحسان جميعا، ومن هنا فإن هذا الفصل يتضمن مبحثين:

المبحث الأول: المراد بالقياس الجلي أو حقيقة المعدول عنه.

المبحث الثاني: المراد بالقياس الخفي أو حقيقة المعدول اليه.

---

([1]) مسلم الثبوت: 321/2 .

## المبحث الأول

## المراد بالقياس الجلي أو حقيقة المعدول عنه

ظهر من التعريفات السابقة أن القائلين بالإستحسان كثيرا ما يعبرون عن المعدول عنه بالقياس ، و وجدنا أيضا غير واحد من أصوليي الحنفية يعبرون عنه بالقياس الجلي، وهم جميعهم في ذلك يريدون بالقياس ما هو أعم من القياس الاصولي المعروف ، إذ انه يشمل عموم النص والقاعدة العامة وغيرهما وعلى التفصيل الذي يأتي ولكي نقف على ذلك بوضوح فإني أقسم هذا المبحث على أربعة مطالب وعلى النحو الأتي:

المطلب الأول: معنى القياس في اللغة واصطلاح الاصوليين.

المطلب الثاني: المراد بالقياس الجلي.

المطلب الثالث: تحديد أفراد المعدول عنه في الإستحسان.

المطلب الرابع: سبب تسمية المعدول عنه بالقياس.

## المطلب الأول
## القياس في اللغة واصطلاح الأصوليين

### أولا: معنى القياس في اللغة:

القياس في اللغة عبارة عن التقدير، يقال قست الثوب بالثوب إذا قدرته وسويته وهو عبارة عن رد الشيء الى نظيره[1].

وقال السمرقندي:

القياس في اللغة يستعمل في شيئين:

أحدهما: التقدير، يقال : قاس الجراحة بالميل إذا قدر عمقها به، ولهذا سمي الميل مقياساً ومسباراً.

الثاني: التشبيه ، يقال: هذا الثوب قياس هذا الثوب إذا كان بينهما مشابهة في الصورة، والرقعة، والقيمة، ويقال: هذه المسألة قياس تلك المسألة إذا كانت بينهما مشابهة في وصف العلة[2].

وقال بعضهم : هو مشترك لفظي بين أمور ثلاثة وهي: التقدير، والمساواة، والمجموع منهما.

كما ذكر للقياس معان أخرى تؤول الى التقدير والاصابة والتسوية[3] .

---

([1]) أنظر : لسان العرب: 200/3, والتعريفات: 102. وشرح مختصر الروضة: 218/3.
([2]) أنظر: ميزان الأصول: 792/2.
([3]) أنظر: مباحث العلة، مصدر سابق 15 وما بعدها.

**ثانياً. القياس في اصطلاح الاصوليين :**

اختلفت عبارات الاصوليين في تعريف القياس، ومن أهم اسباب هذا الاختلاف خلافهم في القياس، أهو فعل المجتهد ، أم أنه دليل مستقل؟

لذا أبين بايجاز حقيقة هذا الخلاف وأذكر من خلال ذلك نماذج من التعريفات التي هي ثمرة تلك النظرة المشار اليها، ثم أذكر بعد ذلك، التعريف الذي يطلعنا على حقيقة مراد الحنفية بالقياس والذي هو المراد هنا بالدرجة الأولى.

وفيما يأتي أوضح بشيء من الإيجاز الاتجاهين المذكورين:

الأتجاه الأول :

قالوا: ( القياس هو فعل المجتهد).

ويريدون بذلك : أن ما يقوم به المجتهد هو إدراك العلة الجامعة بين الأصل والفرع، ومن ثم الحاق الفرع بالأصل المنصوص عليه في الحكم، والمجتهد في ذلك، يثبت حكما للفرع لم يكن موجودا قبل ذلك الالحاق، وانما يوجد بعد الالتحاق، على أساس التشبيه، لا على أساس تحقق المساواة حقيقة[1]، ومن هنا عبر هؤلاء عن القياس في تعريفه، بالحمل والاثبات والتشبيه وغيرها مما لا يفهم منه المساواة[2]، ومن أصحاب هذا الاتجاه: إبن السبكي إذ قال:

---

([1]) أنظر: منتهى الوصول: 166, والتقرير والتحبير: 3/118-119, وفواتح الرحموت: 2/246-247. وارشاد الفحول: 198, ودراسات في الاجماع والقياس, د. شعبان محمد اسماعيل: 154, ومباحث العلة, الاشارة السابقة.

([2]) أنظر: التقرير والتحبير ومباحث العلة, نفس الاشارة.

(ان القياس هو فعل الناس)[1].

وهذا هو الظاهر من مذهب جمهور المتكلمين منهم: القاضي الباقلاني ، والغزالي والرازي وغيرهم.

ومن أبرز تعريفات هذا الاتجاه تعريف القاضي الباقلاني: بأن القياس عبارة عن (حمل معلوم على معلوم، في أثبات حكم لهما أو نفيه عنهما، بأمر جامع بينهما من اثبات حكم أو صفة أو نفيهما عنهما).

واختار هذا التعريف المحققون من الشافعية على ما نص عليه الرازي[2].

ومن تعريفاتهم أيضا تعريف البيضاوي للقياس بأنه عبارة عن: (أثبات مثل حكم معلوم في معلوم أخر. لاشتراكهما في علة الحكم عند المثبت).

وعد إبن السبكي هذا أقرب تعريف للقياس[3].

وقد رد إبن الحاجب هذا الاتجاه بقوله:

(وحاصله أن القياس تشبيه في نظر المجتهد، لا مساواة محققة

يطلبها المجتهد، وهو باطل لأن القياس من الأدلة)[4].

---

(1) أنظر التقرير والتحبير: 119/3.

(2) أنظر المحصول: ج2ق2،8والمستصفى: 228/2, وغاية الوصول: 110, والتقرير والتحبير , 120/3-121, والعضد: 353/1, والأحكام للآمدي: 170/2. وتقريب الوصول, 132: وشرح مختصر الروضة: 220/3. وارشاد الفحول: 198.

(3) الابهاج : 3/3.

(4) منتهى الوصول: 166

ومما يؤيد كون القياس عند أصحاب هذا الاتجاه تشبيها لا مساواة محققة- من حيث المعنى – قول بعض ممن تقدم ذكرهم بالقياس على أساس الشبه الصوري ، (كقياس الخيل على البغال في عدم وجوب الزكاة للشبه الصوري بينهما) . ذكر ذلك إبن السبكي: ثم نقل قول الرازي:

(بأن المعتبر في قياس الشبه ليكون صحيحا حصول المشابهة لعلة الحكم أو مستلزمها).

قال البناني: (أن مراده هو: المشابهة في الصورة أو في الحكم)[1]. وسيأتي مزيد من التفصيل لهذا أثناء الكلام على الشبه لذا اكتفي هنا بهذا القدر.

الاتجاه الثاني

قالوا: أن القياس ليس فعلا للجتهد ، بل هو دليل مستقل.

ويريدون بذلك : أن حكم الفرع الذي ثبت بالقياس، انما هو ثابت للمقيس من وقت ثبوته للمقيس عليه، وانما تأخر ظهوره الى وقت بيان المجتهد بواسطة العلة، فعمل المجتهد انما هو أظهار الحكم في الفرع لا إثباته ، لأن الحكم موجود في الفرع نظر فيه المجتهد أم لم ينظر.

وهذا مبني على أن القياس دليل من الأدلة، وضعه الشارع لمعرفة حكمه بواسطة النظر فيه، شأنه شأن الكتاب والسنة[2].

قال في التقرير والتحبير:

---

([1]) أنظر: حاشيته على شرح المحلي على جمع الجوامع: 287/2. والتقرير والتحبير: 201/3.

([2]) أنظر المصادر بخصوص أصحاب الاتجاه الأول.

(القياس ليس فعل المجتهد ، بل هو دليل نصبه الشارع لمعرفة الاحكام التي سوغ فيها الاجتهاد، وانما فعل المجتهد استنباط الحكم منه، فهو أمر موجود، نظر فيه المجتهد أولا كالكتاب والسنة)[1].

وممن صرح بهذا الاتجاه التفتازاني، وإبن الهمام، وإبن الهمام الحاج وأخرون من الحنفية ، وإبن الحاجب من المالكية[2]، وهو الظاهر من تعريف الأمدي إذ عرف القياس بأنه عبارة عن:

(الاستواء بين الفرع والأصل في العلة المستنبطة من حكم الأصل)[3].

ومن التعريفات التي تمثل هذا الاتجاه تعريف إبن الحاجب له بأنه عبارة عن (مساواة الفرع للأصل في علة حكمه).

وللشيخ أبي منصور الماتريدي تعريف للقياس أورده هنا مع بيان ما قاله إبن الهمام لأنه يتبين لنا من خلاله، وجه استقلالية القياس وجه عدم كونه الحاقاً ، ومن ثم يتضح حقيقة ما يريده الحنفية من القياس:

عرف الشيخ الماتريدي القياس بأنه عبارة عن:

(أبانة مثل حكم أحد المذكورين بمثل علته في الأخر)[4] وزاد منلا خسرو فيه لفظ: (بالرأي)[5].

قال السمرقندي:

---

([1]) أنظره: 118/3. وأيضا: فواتح الرحموت والمسلم: 246/3_247.

([2]) أنظر منتهى الوصول: والتقرير والتحبير, وفواتح الرحموت والمسلم, نفس الاشارات.

([3]) أنظر الأحكام: 170/2-171.

([4]) أنظر: ميزان الاصول: 794/2, والتقرير والتحبير: 120/3-121. وشرح المنار لابن مالك: 260. وفواتح الرحموت والمسلم: 247/2.

([5]) مرأةالاصول: 234-236.

(وانمـا ذكرنـا لفظـة الابانـة دون لفظـة الاثبـات والتحصـيل ، لأن اثبات الحكم وتحصيله وايجاده فعل الله تعالى ، فهو المثبت للأحكام، وأما القياس ففعل القائس) . ثم بين هذا الفعل بأنه:

(تبيين واعلام بأن حكم الله تعالى كذا وعلته كذا، وهما موجودان في الموضع المختلف فيه الذي هو الفرع)[1].

ذكر إبن الهمام وإبن أمير الحاج: أن بعض الحنفية ذهبوا الـى أن اختيار لفظ الابانة في التعريف انما هو لافادة : أن القياس مظهر للحكم لا مثبت له و هذا هو المفهوم من كلام السمرقندي الذي تقدم ذكره.

ولكن إبن الهمام رأى أن هذا التعريف اريد بـه: القياس الذي هو الدليل نفسه الموضوع لمعرفة الاحكام نتيجة النظر الصحيح فيه .

فالقياس الذي عناه إبن الهمام ورأى أنه المراد من التعريف السابق لـيس هو : أبانـة المجتهد الحكم ، بـل هو ذلـك الـدليل نفسـه: بـأن ينص الشارع على حكم ويترك ما يندرج تحته الى النظر الصحيح فيه).

ومن هنا قال بوجوب تغييرات في التعريف المذكور وعلى النحو الأتي:

أولاً. أن يقال: إبانة الشارع وليس إبانة المجتهد.

ثانياً. أن يحذف لفظ (مثل) الواقعة قبل الحكم والعلة، لأن حكم الفرع هـو حكـم الأصـل ، (غيـر أن الحكـم نـص عليـه فـي محـل وهـو الأصـل، والقيـاس أفـاد أن الحكـم فـي غيـر ذلـك المحـل أيضـا وهـو الفرع) وكذلك علة الفرع هي نفس علة الأصل.

---

[1] ميزان الأصول: نفس الأشارة .

قال إبن أمير الحاج شارحا هذا:

(يعني: أن حكم كل من الأصل والفرع واحد له أضافتان:

الأضافة الأولى: الى الأصل باعتبار تعلقه به، وباعتباره يسمى : حكم الأصل.

الاضافة الثانية: الى الفرع، وباعتباره يسمى حكم الفرع، فلا يتعدد في ذاته بتعدد المحل أصلا، بل هو واحد متعلق بالمقدورات ولا تصير القدرة أشياء متعددة).

ويتبين بذلك ان التعريف الذي يراه إبن الهمام والذي يعتبره المعبر عن حقيقة القياس هو:

(إبانة الشارع حكم أحد المذكورين).

أي أن الشارع أبان لنا حكم الأصل ، والذي هو المذكور الأول، والقياس أفاد الحكم نفسه في الفرع الذي هو المذكور الثاني.

وعلى هذا فإن الذي يبدو لي : أن المراد بكون القياس دليلا مستقلا هو أن الفرع ليس مستفادا من صيغة النص ودلالته اللغوية، بل مستفاد من الدلالة العقلية، ولهذا –على ما أرى– زاد منلا خسرو على هذا التعريف لفظ : بالرأي.

وعلى هذا أيضا: فإن القياس هو المعنى المستنبط من النص والذي به يدرك المساواة بين الأصل والفرع ، فالالحاق إذن هو ثمرة القياس لا القياس نفسه، قال إبن الهمام:

(أن ظن وجود الحكم في الفرع هو ثمرة القياس ، وثمرة القياس ليس بقياس) .

ووضح إبن أمير الحاج هذا أكثر فقال:

(إن الحمل هو فعل المجتهد، وهو ثمرة القياس ولا شيء من ثمرة القياس بقياس)[1].

ولقد عرف الجرجاني القياس بأنه عبارة عن:

(المعنى المستنبط من النص، لتعدية الحكم المنصوص عليه الى غيره وهو الجمع بين الأصل والفرع في الحكم)[2].

ومما يوضح ما تقدم أكثر ما قاله السمرقندي والسرخسي بشأن القياس:

حيث قال الأول:

القياس: طريق يتوصل به الى (العلم الخفي)[3] الذي قام له دليل وعلامة من حيث الظاهر بوجود سببه، وهو في التأمل والنظر في العلم الظاهر المحسوس، وذلك هو الأثر ، فيستدل بالأثر على المؤثر، كالدخان الدال على النار لكونه أثر النار)[4].

ونص في موضع أخر على:

(أن أعتبار معاني النصوص هو القياس)[5].

وأن (القياس هو أدراك المعاني المودعة في النص)[6].

وقال السرخسي:

---

([1]) أنظر كل ما تقدم, التقرير والتحبير: 3/119-121 .

([2]) أنظر التعريفات: 102 .

([3]) وهو ما عبر عنه السرخسي بالحكم الباطنة, أنظر: أصوله: 2/234-236.

([4]) ميزان الأصول: 2/809 .

([5]) المصدر نفسه: 2/813.

([6]) المصدر نفسه.

(أن أوصاف النص تعلم بالحس والسماع، وذلك يشترك فيه أهل اللغة وغيرهم ممن له حاسة صحيحة من الفقهاء ،ثم التعليل بالقياس لأثبات الحكم قد اختص به الفقهاء فعرفنا أن اختصاصهم بذلك لم يكن الا لمعنى معقول في الوصف الذي هو علة (لا يمكن الوقوف عليه إلا بالتأمل من طريق الفقه) . ثم بين أن المراد بالفقه هو: ( الحكمة الباطنة)[1].

وظاهر مما تقدم : أن المراد بالاستقلالية أن المنظور اليه أنما هو المعنى الخفي الذي يشتمل عليه الوصف في الأصل ، والذي يدرك بالنظر والتأمل (العقل) ، لا باللغة ، فلوقلنا مثلاً : أن العلة في تحريم الربا في الأصناف الستة هي:( فضل مكيل جنس) على ما يرى السمرقندي)[2]، فإن هذه العلة غير مستفادة من اللغة ، بل أدركت بالعقل عن طريق أمارة دالة ، وهي الأوصاف المذكورة في النص. هذا بخصوص المراد بالاستقلالية.

وأما بخصوص المساواة فأقول:

لما قال الحنفية: أن القياس هو أستنباط المعاني المودعة في النص وقالوا: أن القياس مساواة وليس تشبيها، تبين أن مدار القياس (العلة الحقيقية) هو المعنى الكامن في الوصف المذكور، وعليه فإن التساوي بخصوص المعاني أمر ممكن بخلاف الألفاظ والصيغ (الصور).

---

([1]) أصوله: 179/2. 234, 236.

([2]) ميزان الاصول: 914/2.

ويمكن توضيح ذلك من خلال الحديث الأتي وما قيل فيه:

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال:

(جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: هلكت يا رسول الله:

قال (صلى الله عليه وسلم) وما أهلكك؟

قال: وقعت على أمرأتي في رمضان.

فقال (صلى الله عليه وسلم) هل تجد ما تعتق رقبة ؟ ..........الخ[1].

والذي يهمنا من هذا الحديث ما يأتي:

في هذا النص أوصاف طردية ، ككون الأعرابي شخصاً معيناً أو كونه ذا لون أبيض أو أسود، ولم يقل أحد من العلماء بعلية وصف من تلك الأوصاف ، لكن هنا وصف مناسب وهو (المواقعة).

فلو قلنا أن الفعل ذاك قد وقع عمدا وقلنا بأن العلة الموجبة للكفارة هي فعل المواقعة نفسه فلا يتصور حينئذ وجود مساو لها، وكلما حصلت المواقعة عمدا في نهار رمضان وجب أداء الكفارة بالنص لا بالقياس، ولو فرضنا وجود من يقول بلزوم أداء الكفارة في المواقع الناسي أيضا قياساً على العامد[2]، كان ذلك القياس قائما على أساس الشبه الصوري، الذي هو الحاق، لا على اساس الشبه المعنوي القائم على أساس التسوية.

---

(1) أنظر صحيح مسلم بشرح النووي: 225/7، والموطأ بشرح المنتقى: 55/2.

(2) ذهب الإمام أحمد وأصحابه وبعض المالكية وبعض الشافعية الى وجوب الكفارة على الناسي أيضا ودليلهم في ذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال للرجل (هل تجد ما تعتق رقبة) بمجر أخبار الرجل له بأنه وقع على أمرأته من غير أن يسأله إن كان عامدا أو ناسيا ولو افترق الحال لسأل واستفصل, ويظهر من كلام إبن قدامة أن من قال يكون ذلك الفعل قد وقع عمدا استدل بقول ذلك الرجل : (هلكت) . أنظر: المغني

قال صدر الشريعة (ان العلة ليست المواقعة نفسها بل هي ما اشتملت عليه وهو هتك حرمة الصوم)[1].

وما دامت العلة ذاك فإنه لا يبقى فرق بين المجامع عمدا وبين الأكل أو الشارب عمدا وتكون المساواة حاصلة، ولهذا ذهب الإمامان أبو حنيفة ومالك ألى وجوب أداء الكفارة بالأكل والشرب عمدا قياسا على المواقعة عمداً[2].

فحيث قلنا أن العلة هي هتك حرمة الصوم، فإن الغالب على الظن أن الحكم نفسه الذي ثبت بالنص بخصوص المواقعة عمدا ثابت في الوقت نفسه للآكل والشارب عمداً – والله تعالى أعلم –.

فالمساواة بهذا تكون متحققة بناء على التساوي والتطابق في المعنى الكامن في (المذكور) والذي يستلزم التساوي في الحكم ، واثبات الحكم هنا لا يعد الحاقاً ، لأن المفهوم من الالحاق أن يوجد شيء ثم يتبع بالآخر فالثاني متراخ عنه ، وليس الأمر كذلك في المساواة، حتى وأن تأخرالحكم فهو لأمر يعود الى اجتهاد المجتهد.

---

مع الشرح: 56/3. وعلى هذا فإن قولهم بلزوم الكفارة على الناسي أيضا ليس على العامد.

(1) أنظر : التوضيح : 69/2، والمنتقى: 52/2، ولم يصرح بذلك الغزالي والنووي لكن كلام الخطيب الشربيني صريح في أن العلة هي هتك حرمة الصوم, أنظر: الوجيز: 104/1. والمنهاج وبأسفله مغني المحتاج: 442/1.

(2) انظر: التوضيح: 69/2، و الموافقات: 96/4، وشرح مختصر الروضة: 54/3، ومجمع الأنهر: 240/1، وفيه: وعند أحمد والشافعي في قول في الأكل والشرب لا يكفر. لكن الغزالي ذكر أن القول بعدم وجوب الكفارة في الأكل وهو مذهب شافعي خلافا لأبي حنيفة ومالك دون الاشارة الى وجود قول أخر للإمام الشافعي بوجوب الكفارة على الآكل و الشارب عمدا. أنظر الوجيز: 104/1، ومغني المحتاج: 443/1.

وأرى أن هذه النظرة تجعل التمسك بالمعاني أشد على اعتبار أنها مثل الأوصاف المنصوصة في كونها مرادة الشارع.

يقول السرخسي ما نصه:

(أن المعتبر في دعوى عليه وصف وأنكارها: المعنى دون الصورة)[1].

وعبارات بعض من المالكية لا تقل صراحة عن عبارات الحنفية بهذا الخصوص.

قال إبن رشد:

(القياس هو استنباط العلل من الألفاظ)[2].

وقال أبو الوليد الباجي:

(القياس هو معنى الخطاب)[3].

ومثل هذا يفهم من تعريف الشاطبي للعلة إذ قال:

العلة : هي الحكم والمصالح التي تعلقت بها الأوامر والأباحة ، والمفاسد التي تعلقت بها النواهي[4].

على أني لا أريد بما تقدم القول: بأن ما عدا المالكية والحنفية لم يعتدوا بالمعاني ، بل أن قولهم بالقياس بحد ذاته دليل على اعتدادهم بالمعاني ، غير أني لم أجدهم في مثل صراحة الحنفية والمالكية ، بل أني وجدت لبعض علماء الشافعية كلاما صريحا في الاعتداد بالشبه الصوري. ومن ذلك:

---

(1) أنظر أصوله: 2/234-236 .

(2) بداية المجتهد: 2/141.

(3) أنظر: الحدود في أصول الفقه: 51.

(4) الموافقات: 1/256.

ذكر الغزالي قوله صلى الله عليه وسلم:

(من مس ذكره فليتوضأ)[1].

ثم قال ما نصه: (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، جعل المس سبباً للوضوء ، ولا يعقل معناه ومع هذا يقاس عليه مسه عضو غيره)[2].

أقول: هذا قياس قائم على أساس-شبه صوري- على فرض التسليم بأن نقض الوضوء بذلك الفعل غير معقول المعنى.

وبعد هذا أقول:

القياس عند من يراه مساواة- وهو واضح من كلام الحنفية ومفهوم من كلام المالكية أيضاً - هو: النظر نفسه الى اللفظ ، لغرض هو: استنباط المعنى – الحكمة – المودع فيه ، وهو: العلم الخفي الذي جعل اللفظ امارة دالة عليه ، والأحالة الذهنية تنشأ بالضرورة من ذلك النظر الى كل ما يتواجد فيه ذلك المعنى ، فإثبات الحكم للمساوي هو ثمرة القياس لا القياس نفسه ، و واضح من هذا أن القياس لا يجري إلا فيما هو معقول المعنى ، وسأكتفي هنا بهذا القدر، لأن الكلام في القياس بوجه عام.

---

(1) أنظر مسند الامام أحمد: 406/6. والمستدرك: 136/1-137.

(2) أنظر : شفاء الغليل: 126, والمهذب: 22/1. ولم يقبل الحنفية هذا الحديث, قالوا: لأن المس مما تعم به البلوى ومع ذلك لم يتواتر, وقال أبو زيد الدبوسي: أنه مخالف للأصول لأنه ليس في الأصول انتقاض الطهارة بمس أعضائه, وللإمام مالك في الانتقاض قولان: والراجح من مذهبه: أن مسه بشهوة انتقض وإلا فلا , وذهب الأمام أحمد الى أنه ناقض, أنظر لموقف الحنفية: تعليل الأحكام: 340 نقلا عن تأسيس النظر: 77, وشرح الزرقاني على الموطأ: 127/1. وأنظر لباقي الآراء, شرح الزرقاني: نفس الإشارة، والمنتقى: 89/1-90. والروض المربع: 29, ورحمة الأمة: 11.

## المطلب الثاني

## المراد بالقياس الجلي (المعدول عنه)

قبل أن أورد ما ذكره الحنفية في المراد بالقياس الجلي استعرض فيما يأتي ابرز ما قاله الاصوليون فيه بوجه عام .

### الفرع الأول

### أبرز ما قاله الأصوليون في المراد بالقياس الجلي

أختلف الأصوليون في تحديد ما يقصد بالقياس الجلي وذكروا تفسيرات عدة أذكرها فيما يأتي:

- قال إبن رشد في المقدمات : (أن ما ثبت من العلة بالنص أو الإيماء أو الإجماع فهو قياس جلي)[1].

---

([1]) أنظره : 24.

– ونقل القرافي عن العلماء التفسيرات اللآتية للقياس الجلي وهي[1]:

أولاً. أنه قياس المعنى: والظاهر أنه يريد به ما يطلق عليه (القياس في معنى الأصل) وهو (الجمع بنفي الفارق) قاله إبن السبكي ومثل له: بقياس البول في أناء وصبه في الماء الراكد على البول فيه في المنع، بجامع أن لا فارق بينهما في مقصود المنع الثابت بقوله صلى الله عليه وسلم:

(لا يبولن أحدكم في الماء الراكد)[2].

ثانياً. القياس الجلي: وهو ماتفهم علته ، ومثل القرافي لهذا بقوله صلى الله عليه وسلم:

(لا يقضي القاضي بين أثنين وهو غضبان)[3].

قال : ومرادهم بقولهم : ما تفهم علته : أي يسبق الى الفهم من كلام الشارع مايعين علته عند سماع اللفظ ، فالمفهوم في الحديث المذكور، أن المانع هو: ما يشوش الفكر فيتعدى : للجائع والمريض وغيرهما، بجامع ما يشوش الفكر.

ثالثاً. هوماينقض القضاء بخلافه:

قال : وهو تفسير يلزم منه الدور. وذلك لأن الفقهاء يقولون: ينقض قضاء القاضي إذا خالف الإجماع أو النص أو القياس الجلي أو

---

([1]) أنظر: شرح تنقيح الفصول: 203– 205 .

([2]) أنظر: شرح المحلي على جمع الجوامع: 2/341–342. وللحديث :مسند الإمام أحمد:2/464 بلفظ : في الماء الدائم.

([3]) أنظر: سنن النسائي :8/237. 238 ومسند الامام أحمد: 5/ 36.

القواعد ، فينبغي أن يكون القياس الجلي معلوما قبل النقض ، وإذا عرف بالنقض توقف كل واحد منهما على معرفة الآخر فلزم الدور.

هذا ما ذكره القرافي.

وأورد الطوفي من الحنابلة التفسيرين الثاني والثالث المتقدمين دون الأول وأضاف اليهما التفسيرين الأتيين[1]:

أولهما: أن القياس الجلي شامل لما يأتي:

آ. ما كانت العلة الجامعة فيه بين الأصل والفرع منصوصة. ومثاله:

الحاق تحريم ضرب الوالدين بتحريم التأفيف لهما بعلة كف الأذى.

ب. ما كانت العلة الجامعة مجمعا عليها: مثاله:

الحاق القاضي الجائع بالغضبان في منعه من الحكم بعلة تشويش الفكر.

جـ. ما قطع فيه بنفي الفارق:

وقد تقدم مثاله.

ثانيهما: هو قياس العلة:

وهو ما صرح فيه بالعلة ، أو هو أثبات الحكم في الفرع بعلة الأصل. ومثاله:

قياس النبيذ على الخمر بعلة الأسكار[2].

وقال إبن السبكي من الشافعية[3]:

---

([1]) أنظر: شرح مختصر الروضة: 223/3, 574.

([2]) المصدر نفسه. وشرح المحلي على جمع الجوامع : 341/2 .

([3]) أنظر شرح المحلي على جمع الجوامع : 339/2-341 .

إن القياس الجلي : هو ماقطع فيه بنفي الفارق[1] أو كان ثبوت الفارق احتمالاً ضعيفاً، ومما مثل به للثاني:

قياس العمياء على العوراء في المنع من التضحية.

ثم نقل أقوالا هي:

أولاً. القياس الجلي هو القياس الأولى:

مثاله: قياس الضرب على التأفيف في التحريم.

ثانياً. هو الواضح المساوي:

مثاله: قياس احراق مال اليتيم على أكله في التحريم.

وقال الآمدي:

إن القياس الجلي هو ما كانت العلة فيه منصوصة أو غير منصوصة غير أن الفارق بين الأصل والفرع مقطوع بنفي تأثيره[2].

وقبل الانتقال الى ما قاله الحنفية بصدد القياس الجلي الخص فيما يأتي المعاني والمفاهيم التي وردت للقياس الجلي.

أولاً. ما يسبق الى الفهم.

ثانياً. ما كانت العلة الجامعة منصوصة أو مجمعا عليها.

ثالثاً. ما قطع بنفي الفارق بين الأصل والفرع ، أو قريبا من القطع.

رابعاً.ما كان المعنى المقصود بالعلة أوضح في الأصل منه الى الفرع، أو مساوياً له في الوضوح: وهذا راجع الى الذي سبقه.

والأمر المشترك بين كل هذه التفسيرات على ما أرى هو: الوضوح.

---

([1]) هذا ما نسبه أبن الهمام الى الشافعية: أنظر: التقرير والتحبير: 220/3 .

([2]) أنظر له: الأحكام: 269/2-270.

ويلاحظ من تفسير إبن رشد، وكذا من التفسير الثاني الذي ذكره القرافي:

إن الوضوح ناشيء من العلة نفسها، لا باعتبار التيقن بوجودها في كل من الأصل والفرع وهو ما يعبر عنه بنفي الفارق ، إذ أن استواء الفرع والأصل في الجامع لا يعني بالضرورة كون العلة واضحة، وإن كان احتمال الوضوح أقوى.

## الفرع الثاني
## ما قاله الحنفية في معنى القياس الجلي

ذكر السمرقندي: أن القياس الجلي شامل لما يأتي[1]:

أولاً. القياس بالعلة المنصوصة.

ثانياً. القياس بالعلة المجمع عليها.

ثالثاً. القياس بالعلة المعلومة ببداهة العقل.

ولم يذكر السمرقندي مثالا يوضح فيه مراده بالعلة المعلومة ببداهة العقل ولعله أراد بها الاصل المستنبط من مجموع أدلة واردة في موضوع واحد ويحتمل أن يكون قد أراد به ما يدركه العقل بمجرده ، أو أراد الاثنين معاً.

---

([1]) أنظر: ميزان الاصول: 817/2.

وعرف جمهور الحنفية القياس الجلي بأنه عبارة :
(عما يتبادر اليه الذهن أول الأمر)[1].

وهذا التعريف قريب جدا مما عبر عنه السمرقندي بالقياس بالعلة المعلومة ببداهة العقل. ويحتمل أن يكون المراد بهذا التعريف جميع ما ذكره السمرقندي بناء على أن العلة إذا كانت منصوصة ، أو مجمعا عليها فإنها تتبادر الى الذهن لوضوحها.

وقال عبدالعزيز البخاري:
المراد من الجلي : المعنى القياسي.
والمراد بالخفي: المعنى الإستحساني[2].
وقال الكاساني:

(ما ظهر من المعاني فهو قياس وما خفي منها فهو استحسان)[3].

وواضح من كلام عبدالعزيز البخاري والكاساني أن القياس والإستحسان أطلقا على المعنى.

ويمكن القول في ضوء ما تقدم من كلام الحنفية في القياس من أنه عبارة عن المعنى المستنبط من النص ، ومن قولهم أن القياس أعتبار للمعاني المودعة في النص ، ومن ثم الإحالة الذهنية الى الفرع الذي يساوي (المذكور) في معناه:

أن الحنفية أرادوا بالقياس الجلي أمرين:

---

([1]) أنظر مثلا: التقرير والتحبير: 222/3. وفواتح الرحموت :320/2.
([2]) انظر له: كشف الأسرار: 347/3.
([3]) بدائع الصنائع. 79/1.

أولهما : المعنى الظاهر المتبادر.

ثانيهما: الأصل الظاهر المتبادر.

وتوضيح ذلك:

عندما تعرض قضية أمام المجتهد فإن ظاهر المسألة يحيل ذهنه باديء الأمر الى أصل من ظاهر نص. أو مسألة قريبة من مسألته من حيث الصورة. أو قاعدة عامة أو أصل مستنبط.

والأول والثاني والثالث مذكورة باللفظ ، وأما الرابع فإنه غير مذكور بصريح اللفظ بل مستنبط من أدلة عدة واردة في موضوع واحد.

ويمكن ملاحظة هذه الأمور الاربعة في كلام السمرقندي ، إذ جعل القياس الجلي شاملا لما يأتي:

1. القياس بالعلة المنصوصة : وهي مذكورة باللفظ.
2. القياس بالعلة المجمع عليها: وهي مذكورة باللفظ.
3. القياس بالعلة المعلومة ببداهة العقل: وهذه ليست مذكورة باللفظ. بل هي مستنبطة من أصول عدة على ما مر، على أنه يحتمل أن يراد بها ما يدركه العقل بمجرده ، كما يحتمل شموله للأمرين معا وهو الأقرب بحسب ما أرى.

وأقصد بما تقدم: أن منشأ التبادر هو وجود أصل لفظي يندرج ضمنه المسألة المعروضة ، وكذا إذا كان الأصل غير مذكور بلفظه ولكن كان مستنبطا من أصول عدة ككون الجهالة علة لفساد العقد فإن هذه العلة وإن لم تكن منصوصة –غير مذكورة باللفظ– ولا مومأ اليها ألا أنها متبادرة الى الذهن ، وقولي بشمول القياس الجلي للمعنى الظاهر، والاصل

الظاهر معا، هو لأن الكلام في القياس ، والقياس اعتبار وهذا يستلزم وجود محلين. ثم لا يخفى أن تبادر المعنى الظاهر من المسألة المعروضة كان بالنظر الى صورتها.

وبعد هذا أستطيع القول:

بأنه لما كان القياس الجلي شاملا لكل ما تقدم ولما ذكرت عبر عنه الحنفية عنه بـ (ما) يتبادر الى الذهن أول الامر.

وسأوضح ما تقدم من خلال أمثلة أذكرها بعد الفراغ من تحديد المراد بالقياس الخفي.

وبعد هذا أذكر أفراد المعدول عنه في الإستحسان والتي تندرج ضمن ما يطلق عليه الحنفية القياس الجلي. والذي هو الظاهر من كلام المالكية أيضا على ما سلف ذكره في المراد بالقياس.

## المطلب الثالث

## أفراد المعدول عنه

لم أجد في حدود المصادر المتوفرة تحديدا لأفراد ما يعدل عنه في الإستحسان من قبل القائلين به ، فما قالوه بهذا الشأن هوما ذكروه في تعريفاتهم للإستحسان ، الكلي ، والوجه، والحكم، غير أن أكثر هذه العبارات تداولا عند القائلين بالإستحسان والحنفية منهم بوجه خاص: القياس، فقلما يعبرون عنه بغيره، وهذه العبارات المذكورة أنفا هي حصيلة ما ذكره الجميع كما هو معلوم، ولهذا لا يمكن عده توضيحا وتحديدا لحقيقة ما يعدل عنه.

وأما العلماء والباحثون المعاصرون فقد حددوها لكن بصورة أجمالية، فحددها الشيخ عبدالوهاب خلاف، بالقياس، والنص العام، و الحكم الكلي[1]. وقال الاستاذ الدكتور هاشم جميل عبدالله بأن المعدول عنه قد يكون دليلاً عاماً، وقد يكون قياساً- أي القياس الأصولي المعروف - وقد يكون قاعدة مأخوذة من مجموع أدلة واردة في موضوع واحد[2].

وحددها الدكتور محمد مصطفى شلبي ، بالنص العام، والقياس الأصولي المعروف ، وبالقاعدة العامة[3].

---

([1]) أنظر: مصادر التشريع فيما لا نص فيه: 71-73 .

([2]) أنظر: مسائل من الفقه المقارن: 1/43-44 .

([3]) أنظر : تعليل الأحكام: 344 وما بعدها.

والذي يظهر من تتبع المسائل الإستحسانية أن المعدول عنه قد يكون نصا عاما، وقد يكون حكما دل عليه قياس ، وقد يكون مقتضى أصل مستنبط من أدلة عدة واردة في موضوعه ، وهو ما يطلق عليه القاعدة العامة، وقد يكون قاعدة أصولية ، وقد يكون استصحابا، وقد يكون مقتضى ما يمليه العقل بداهة.

وفيما يأتي أذكر ما تقدم مع الأمثلة ، مع شرح موجز لما يحتاج منها الى شرح.

**أولاً. مثال ما كان المعدول عنه نصاً عاماً :**

مثل الشيخ الخلاف لهذا بما ذهب اليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه من د رء الحد عن السارق عام المجاعة ، وعدّ – أي الشيخ الخلاف– هذا تخصيصاً لعموم قوله تعالى:

(والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما)[1].

قال : فإن النص هنا وهو عام يقضي بإقامة الحد على السارق، ولكن عمر بن الخطاب رضي الله عنه استثنى منه السارق عام المجاعة[2].

وإلى هذا ذهب الحنابلة[3]، أما الحنفية والمالكية فإني لم أعثر على موقفهم من هذه المسألة لذا فإني أذكر مثالين آخرين أحدهما للمالكية وقد ذكره الشيخ الخلاف ، والثاني للحنفية: مثل الشيخ الخلاف بمذهب الإمام مالك في مسألة رضاع الأم إذ أنه فرق بين الأم الرفيعة المنزلة

---

([1]) سورة المائدة: 38 .

([2]) مصادر التشريع فيما لا نص فيه: 71.

([3]) أنظر: المغني مع الشرح: 281/6.

وبين غيرها، فقال: إذا كانت الأم ذات منزلة رفيعة بين قومها، وكانت العادة جارية بأن لا ترضع مثلها فلا يجب عليها، وأما إذا لم تكن ذات منزلة عالية فيجب عليها الرضاع.

وعدّ إبن العربي قول الإمام مالك بعدم وجوب الرضاع على الأم الرفيعة المنزلة إستحسانا وتخصيصا لعموم قوله تعالى:
(والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين)[1].

وذكر إبن رشد قول الإمام مالك في هذه المسألة وقال بأن مبناه هو العرف والعادة ولم ينص عليه كونه إستحسانا[2].

وتجدر الاشارة الى أن الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي رأى أن العرف الذي استند اليه الإمام مالك يقع موقع تبيين المجمل لا تخصيص العام[3] بناء على أن الآية جاءت مجملة تحتمل الوجوب وعدمه.

ولما رأى الدكتور البوطي أن إبن العربي، يقول باديء الأمر بأن الآية تحتمل الوجوب وعدمه ، ويقول بعد ذلك بأن الإمام مالكا قد خصص عموم الأية بالمصلحة : عد إبن العربي مناقضا نفسه في ذلك[4].

---

(1) سورة البقرة: 323

(2) أنظر أحكام القرآن لابن العربي: 2/754-755, و 1/421 ، وبداية المجتهد : 2/61 . والقوانين الفقهية : 227 .

(3) أنظر له: ضوابط المصلحة: 190. 340-341 .

(4) انظر: أحكام القرآن : 2/754-755. وضوابط المصلحة. 340. وأنظر: أيضا: الجامع لأحكام القرآن : 3/161.

لكن الذي يبدو : أن إبن العربي رأى أن الإمام مالكا قد رأى الأية للوجوب ثم خصص منها الأم الرفيعة المنزلة ، بدليل أنه أوجبه على غير ذات المنزلة ، وعلى هذا فلا تناقض في كلامه ، إلا أن من الممكن القول بأنه لما كانت الأية الكريمة غير قاطعة في دلالتها كان هنالك مجال لتخصيصها ، ويمكن أيضاً تفسير ما ذهب اليه الإمام مالك بأنه أراد مراعاة الخلاف الذي وقع فيه العلماء بسبب الإجمال المذكور في الآية حيث قال بعضهم بالوجوب وبعضهم الآخر بعدم الوجوب ، فقال ما قال كنوع من التوسط بين الرأيين ، وسأذكر لاحقا أن أحد انواع الإستحسان عند المالكية والحنفية أيضا هو الإستحسان بمراعاة الخلاف.

والذي يهمنا هنا: أن إبن العربي عدّ ذلك إستحسانا ، وقد تابعه على ذلك الشيخ الخلاف.

هذا بخصوص المالكية، وأما الحنفية فأذكر لهم المثال الآتي:

– قال في بدائع الصنائع:

(لو أكره شخص على الأسلام فأسلم ثم رجع: يجبر على الإسلام ويحبس ولكن لا يقتل ، والقياس : أن يقتل لوجود الردة منه وهي: الرجوع عن الأسلام.

وجه الإستحسان: إنا إنما قبلنا كلمة الاسلام منه ظاهرا طمعا للحقيقة ليخالط المسلمين فيرى محاسن الإسلام فيصدق بقلبه ، فإذا رجع تبين أنه لا مطمع لحقيقة الأسلام فيه وأنه على اعتقاده الاول ، فلم يكن

هذا رجوعا عن الأسلام، بل إظهارا لما كان في قلبه من التكذيب فلا يقتل)[1].

هذا نص ما ذكره الكاساني، والسؤال الوارد هنا: ما هذا القياس المتروك وما أصله؟

والجواب هو قوله صلى الله عليه وسلم:

(من بدل دينه فأقتلوه)[2].

وكذا قوله صلى الله عليه وسلم:

(لا يحل دم أمريء مسلم إلا بأحدى ثلاث: الثيب الزاني ، والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة)[3].

**ثانياً. مثال ما كان المعدول عنه حكما دل عليه قياس**

مثل الشيخ الخلاف لهذا بما قاله فقهاء الحنفية أن :

حقوق الري والصرف والمرور لا تدخل في وقف الأرض الزراعية تبعا، بدون ذكرها قياساً ، وتدخل إستحسانا .

ثم وضح هذا قائلاً:

بأن القياس الظاهر هو قياس الوقف على البيع ، بجامع أن البيع يخرج المبيع من ملك البائع ، والوقف يخرج الموقوف من ملك الواقف، وفي بيع الأرض الزراعية لا تدخل حقوق ريها وصرفها والمرور اليها بدون ذكرها، فكذلك في وقفها .

---

([1]) أنظره: 178/7.

([2]) أنظر: خزانة الفقه لأبي ليث السمرقندي: 376/1. وللحديث : مسندالأمام أحمد: 2/1, 7 , 382 , والمغني: 9/3 .

([3]) أنظر : صحيح مسلم: 1302/3, والمستدرك: 350/4.

والقياس الخفي : قياس الوقف على الأجارة بجامع أن المقصود بكل منهما الانتفاع بريع العين ، لا تملك رقبتها، وفي أجارة الأرض الزراعية تدخل حقوق ريها وصرفها، والمرور اليها بدون ذكرها فكذلك في وقفها [1]، فهنا ترك العمل بالقياس على الأصل الأول وهو البيع الى الأصل الثاني الذي هو الإجارة فكان إستحسانا.

ومثال هذا أيضاً، ما قاله الحنفية:

من أن سؤر سباع الطير نجس قياسا على سؤر سباع البهائم، بجامع حرمة التناول ، أما في الإستحسان فلا يكون نجسا، لأن السباع غير محرم الانتفاع بها، فعلم أن عينها ليست نجسة ، وأنما كانت نجاسة سؤر سباع الوحش باعتبار حرمة الأكل ، لأنها تشرب بلسانها وهو رطب من لعابها ، ولعابها يتجلب من لحمها وهذا لا يوجد في سباع الطير، لأنها تأخذ بمنقارها، ثم تبتلعه ومنقارها عظم جاف، والعظم لا يكون نجسا من الميت فكيف يكون نجسا من الحي[2].

وههنا نجد أن المعدول عنه حكم ثابت بالقياس على سؤر سباع البهائم.

ومثال هذا للمالكية. ما ورد في المنتقى[3]:

---

(1) أنظر: مصادر التشريع: 73, وأيضا مسائل من الفقه المقارن: مصدر سابق, 44/1.

(2) انظر: مثلا: أصول السرخسي: 204/2. وكشف الأسرار على أصول البزدوي: 6/4-7. وهذا مبني على الرأي القائل بعدم نجاسة عظم الميتة لأن العظم لا يحله الدم. و ممن قال ذلك: الحنفية.

(3) أنظره: 147/2 .

من أن صاحب الماشية لوفر بماشيته ، فوجده الساعي بعد أعوام، فإنه يأخذ منه الزكاة لجميع الأعوام على ما كانت عليه في كل عام.

قال الباجي: وهذا قول جمهور أصحابنا.

وقال أشهب: إذا زادت الغنم على ما كانت عليه ، زكاها لكل عام على ما وجدها عليه ، وإن نقصت الغنم عما كانت عليه: زكاها لكل عام على ما كانت عليه .

وجه قول الجمهور: وهو وجه القياس:

أنه ضامن للزكاة لتعديه بالفرار: فإنه يضمن من الزكاة في كل عام على حسب ما وجبت عليه ، فكما يلزمه ضمانها إن نقصت كذلك لا يلزمه أخراج الزكاة للزيادة إذا زادت.

ووجه قول أشهب: و هو وجه الإستحسان:

أنه لا يكون أحسن حالا من الذي تغيب عن الساعي من غير فراره ، فإنه إذا زادت عنده الماشية زكيت سائر الأعوام على ما هي عليه من الزيادة وهو غير متعد ، فكان أخذها من الغار المتعدي أولى.

**ثالثاً. ما كان المعدول عنه قاعدة عامة أو أصلاً مستنبطاً**

تقدم بيان المراد بالقياس ، وعموم النص على درجة من الوضوح بحيث لا يحتاج الى شرح وبيان ، وأما القاعدة العامة فإنها بحاجة الى شيء من التوضيح لذا أذكر هنا المقصود بالقاعدة العامة وأهم ما يتعلق بها:

**1. معنى القاعدة في اللغة :**

القاعدة في اللغة: الأساس[1] . ومنه قوله تعالى:

(وإذ يرفع أبراهيم القواعد من البيت)[2].

أي : أسسه، يقال: قاعدة البناء، أي أساسه، وقاعدة الجبل: أي أصله ، ومعناها مأخوذ من القعود ، أي الثبات والاستقرار[3].

**2. القاعدة في اصطلاح الفقهاء**

قضية فقهية تنطبق على جميع جزئياتها، أو أكثرها، تعرف أحكامها منها[4].

فالقاعدة : حكم كلي أو قانون عام ، يندرج ضمنه جملة من المسائل الشرعية المتشابهة تشابها يجعل الحكم الكلي يشملها. وذلك كقاعدة: اليقين لا يزول بالشك. فهي مرادفة للقانون والضابطة والأصل. و ربما كانت بمعنى المسألة الكلية والمقصد الكلي. لأنه نتج عن مراعاة المصالح الشرعية: مباديء عامة وقواعد كلية تندرج تحتها جزئيات عديدة

---

([1]) أنظر تاج العروس: 473/2 , والمصباح المنير: 76/2.

([2]) سورة البقرة: 127 .

([3]) أنظر: القواعد الفقهية ودورها في اثراء التشريعات الحديثة للاستاذ الدكتور محيي هلال السرحان. ص 5.

([4]) أنظر: مدخل الفقه الإسلامي لنخبة من علماء الأزهر: 142 كتب هذا المبحث , محمد مبروك يوسف. وأنظر أيضا: شرح المجلة, لمنير القاضي: 1/53-54. والقواعد الفقهية: الإشارة نفسها نقلا عن مصادر منها: جامع العلوم في اصطلاحات الفنون. 3/51-52, والاشباه والنظائر لأبن نجيم بشرح الحموي: 22, والتعريفات للجرجاني: 149.

. ومسائل وفروع فقهية كثيرة . استخرجت من النصوص الشرعية بلفظها أو بمعناها[1].

وتجدر الاشارة الى أن القاعدة العامة قد تكون نصا مثل قوله (صلى الله عليه وسلم ):

(لا ضرر ولا ضرار)[2].

فهذه قاعدة كلية تفرعت منها قواعد أخرى مثل قاعدة: الضرر يزال ، والضرر لا يزال بمثله وما الى ذلك[3].

وفي معنى القاعدة العامة ما يطلق عليه الأصل المستنبط ، وهو ما استنبط من مجموعة أدلة وردت في موضوع واحد. فلما وردت النصوص بمنع بيع الغرر، وبيع المعدوم وما الى ذلك. علم أن الجهالة هي المعنى الذي تعلق به المنع فأصبح كون الجهالة علة لفساد العقد موضع وفاق[4].

ويبدو لي ، أنه لما كانت القاعدة العامة على هذا القدر من التوسع ، عبر الشيخ الخلاف عنها، بالحكم الكلي.

ومن الأمثلة التي ذكرها للعدول عن الحكم الكلي ما يأتي:

- أن الأمين يضمن بموته مجهلا الأمانة ، لأن التجهيل نوع من التقصير في الحفظ ويستثنى الأب إستحسانا إذا مات مجهلا مال

---

([1]) القواعد الفقهية: 5-6.

([2]) أنظر : الموطأ: 529. ومسند الإمام أحمد: 326,327/5. وسنن إبن ماجة: 57/2. والسنن الكبرى: 69/6. والمستدرك. 57/2-58. سنن الدار قطني. 228/4 .

([3]) أنظر : الاشباه والنظائر للسيوطي: 83. ولابن نجيم : 85.

([4]) سيأتي تفصيل هذا في تكييف الإستحسان.

إبنه لأن للأب أن يتجر في مال إبنه وأن ينفق عليه ، فربما أتجر فيه فخسر أو أنفقه عليه.

- أن المحجور عليه للسفه لا يصح الوقف منه: لأنه غير أهل للتبرع ، ويستثنى من هذا – إستحسانا– وقف المحجور عليه لنفسه ، لأن وقفه على نفسه فيه حفظ لماله وفيه تأمين لنفسه من أن يصير عالة على غيره[1].

**رابعاً. مثال ما كان المعدول عنه قاعدة أصولية :**

إذا قال شخص: لفلان مائة ودرهم، أو يقول: له علي مائة وثوب وهكذا، فهل يعتبر للمعطوف مفسرا للمعطوف عليه ، بمعنى هل تحمل المائة الأولى على الدرهم ، والثانية على الثوب أو يرجع الى المقر لتفسير ذلك؟ هنا اختلف العلماء فذهب الإمام الشافعي والمالكية الى أنه يرجع في تفسير المبهم الى المقر، ويقبل قوله بكل شيء يفسر به ، ويحلف على ذلك أن اتهمه خصمه أو خالفه. ولا يكون المعطوف مفسرا للمعطوف عليه.

وذهب الإمام أحمد الى أن المجمل من جنس المفسر فيلزم المقر– فيما أبهمه – حين ما فسره ، وفي المذهب قول آخر كقول الإمام الشافعي[2].

---

([1]) أنظر : مصادر التشريع: 73.

([2]) أنظر : الأم: 232/6. وحاشية الدسوقي على شرح الكبير: 405/3 . والمغني: 133-132/5

ولكـن الحنفيـة قـالوا : أن عطـف علـى المـبهم دراهـم او دنـانير أومكيلا أوموزونا كان تفسيراً لـه ولزمـه ، وإن عطف ذلك من مذروع . أو ما لايكال ولايوزن لم يكن تفسيراله ويرجع اليه في ذلك ، ثم عدوا الحكم المتعلـق بالـدراهم والـدنانير والمكيـل والمـوزون حكمـاً مستحسـناً ثابتـاً علـى خلاف القياس .

قال إبن الهمام بعد أن ذكر الصورتين المذكورتين:

(أن علمائنـا فرقوا بين الفصلين ، وأخذوا بالإستحسـان فـي الـدراهم والدنانير والمكيل والموزون ، فجعلوا المعطوف عليه من جنس المعطـوف فيما إذا قال: له علي مائة ودرهم، أو مائة ودينار، أو مائة و قفيز حنطة.

ووجه الإستحسان:

أنهم أستثقلوا تكرار الـدراهم فـي كـل عدد ، واكتفـوا بـذكره عقيـب العددين ، وهذا الاستثقال وارد في كل ما يكثر استعماله، وكثرة الإستعمال تكون فيما يكثر وجوبه، وكثرة الوجوب تكون بكثرة الأسباب، وذلك فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمـة في جميـع المعـاملات حالـة ومؤجلـة. ويجـوز الاسـتقراض بهـا، بخـلاف غيرهـا مـن الثيـاب، ومـا لا يكـال ولا يـوزن فـلا يكثـر وجوبهـا، حيـث لا تثبـت فـي الذمة إلا قليلا فبقي على الأصل).

وهذا الأصل هو : (أن بيان المجمل يكون الى المجمل)[1].

فالمعدول عنه وهو هذا الأصل قاعدة أصولية.

**خامساً. ما كان المعدول عنه مما يدرك ببداهة العقل :**

---

([1]) أنظر: شرح فتح القدير والعناية: 6/298-299.

ويظهر ذلك من قول الحنفية في المثال الآتي:

ذهب الحنفية الى أن البدنة والبقرة تجزيان عن سبعة أشخاص في الأضحية. وقالوا أن الحكم بالجواز ثابت إستحسانا على خلاف القياس بالنص وهو ما روي عن جابر بن عبدالله رضي الله عنه أنه قال:

(نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم (عام الحديبية) البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة)[1].

وقال المرغيناني في وجه القياس ما نصه[2]:

(........ والقياس أن لا تجوز إلا عن واحد لأن الاراقة واحدة وهي القربة إلا أنا تركناه بالأثر.....) .

وعبارة الكاساني هنا أوضح فقد قال ما نصه[3]:

(أن القياس يأبى جواز الأضحية الواحدة عن أكثر من واحد لأن القربة في الذبح وأنه فعل واحد لا يتجزأ لكنا تركنا القياس بالخبر المقتضي للجواز....) .

وواضح هنا أن الحنفية يذكرون المقيس عليه .

وتجدر الاشارة الى أن المالكية قالوا بعدم إجزاء البقرة عن سبعة واستدلوا على ذلك بما يأتي[4]:

**1. قوله تعالى :**

---

([1]) أنظر: الموطأ بشرح المنتقى: 95/3.

([2]) الهداية: 71/4.

([3]) بدائع الصنائع: 70/5. وهذا هو مذهب الشافعية والحنابلة: أنظر التطبيقات.

([4]) أنظر : المنتقى : 95/3.

(ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم)[1].

وجه الاستدلال : أنه تعالى أوجب على من قتل الصيد أخراج مثله هديا بالغ الكعبة ، ومن أخرج سبعة بدنة فلم يخرج مثل ما قتل من الصيد.

**2. القياس على الشاة :**

قال الباجي: ( ومن جهة القياس: إن هذا هدي فلم يجز أن يكون مشتركا أصله الشاة).

والذي يهمنا هنا: أن كلام المرغيناني والكاساني يكاد يكون صريحاً في أن القياس المتروك هو مقتضى العقل، ولعل مثل هذا هو المقصود بكلام السمرقندي حين جعل القياس بالعلة المعلومة ببداهة العقل نوعا من أنواع القياس الجلي.

**سادساً. ما كان المعدول عنه استصحاباً :**

نفى الحنفية حجية الاستصحاب، ولهذا فإن اثبات الحكم على خلافه لا يعد إستحسانا عندهم على ما يظهر، وذلك لأن القياس – الاصل– المعارض في الإستحسان قياس صحيح وكان يجب العمل به لولا المقتضي لحكم الإستحسان وأما عند المالكية فإن إثبات الحكم على خلافه يعد إستحسانا وقد مر مثال ذلك وخلاصته:

أنه يجوز لزوجة المفقود الذي لم يصح موته أو حياته في دار الأسلام، أن تتزوج من آخر بعد مضي أربع سنوات على رفع دعواها الى

---

([1]) سورة المائدة: 95 .

الحاكم ، وبعد أن تعتد عدة الوفاة مع أن الأصل هو بقاء العصمة، ومبنى ذلك رفع الضرر اللاحق بالمرأة جراء فقدان الزوج، فهذا ما ذهب اليه الإمام مالك، وهو استحسان[1].

وختاماً أعود وأقول: لم أجد لأحد من القائلين بالإستحسان في حدود المصادر المتوفرة من يتعرض لذكر أفراد المعدول عنه، ولهذا فإن الجزم بحصر تلك الأفراد بعدد معين أو أنواع معينة من الصعوبة بمكان ، وما سبق إيراده كان في ضوء ما ذكره بعض العلماء المعاصرين ، وما ظهر لي من تتبع عدد غير قليل من المسائل الإستحسانية ولعل صعوبة هذا الأمر هي التي حدت ببعض الأصوليين الى تعريف الإستحسان بأنه عدول عن حكم الى حكم هو أولى. أو أنه ترك وجه من وجوه الاجتهاد وما الى ذلك ، دون تشخيص لحقيقة ما يعدل عنه.

## المطلب الرابع

## سبب تسمية المعدول عنه بالقياس أو القياس الجلي

---

([1]) راجع : التعريف الخامس للمالكية.

سبق بيان أن القائلين بالإستحسان يعبرون عن المعدول عنه بالقياس،وإذا وجدنا من الحنفية أو المالكية من يعبر عنه بغير القياس في تعريف الإستحسان فإنهم لا يطلقون على المعدول عنه غير القياس في كتب الفروع.

يقول إبن العربي:

(وعلماؤنا من المالكية كثيرا ما يقولون: القياس كذا في مسألة، والإستحسان كذا) ثم قال بعد ذلك: (والإستحسان عندنا وعند الحنفية هو القول بأقوى الدليلين)[1].

وتعبير القائلين بالإستحسان عن المعدول عنه بالقياس مع أنه قد يكون نصا عاما أو غيره وعلى النحو الذي مر، دفع بعض الباحثين المعاصرين الى القول: بأن الأصوليين قد تكلفوا في جعل كل ما يعدل عنه قياساً ، مع أنه قد يكون غير القياس كعموم نص ، أو قاعدة عامة ، وقد أرجعوا السبب في ذلك الى أمرين[2]:

أحدهما: تصريح الأئمة بلفظة القياس في مقابلة الإستحسان حيث لم يكن للقياس معنى في عصر هؤلاء إلا ذلك المعنى المخصوص الذي ثار نزاعهم حوله إثباتا ونفيا، وتكلفوا في حمل لفظة القياس عليه.

الثاني: أنهم لما تنازعوا في الإستحسان وطال نزاعهم فيه أرادوا تصويره بصورة الأقوى المعارض لدليل أضعف منه ، فجعلوا الدليل

---

(1) أنظر له: أحكام القرآن: 754/2. وأنظر على سبيل المثال: المنتقى 147/2، 304, و 116/4، 187, 297, و 88/5-89, و 54/6-55, 165, 214 , و 99/7 .

(2) أنظر: تعليل الأحكام: 344.

المقابل في جميع الصور قياسا مع أنه آخر الأدلة الأربعة في القوة بالاتفاق.

ومن هنا قالوا- أي الباحثون- : أنه كان على القائلين بالإستحسان ألا يطلقوا لفظ القياس على ما يعدل عنه في جميع الصور ما داموا قد اصطلحوا على معنى خاص للقياس والذي هو الحاق ما لم يرد نصه بحكمه بما ورد فيه نص بجامع بينهما.

والذي يبدو لي إن هذا الانتقاد ليس في محله، فإن الأئمة لم يتكلفوا في إطلاق لفظ القياس على ذلك المعنى المخصوص الذي هو النظر العقلي وذلك لأن القياس نظر وتأمل في الأوصاف المنصوصة لاستنباط المعنى بغية إثبات الحكم لكل ما يساوي ذلك المنصوص في المعنى، فهو بذلك اعتبار وتسوية بين شيئين ، وهذه التسوية أو التشبيه تسمى في اللغة قياسا، وأما بخصوص إطلاق القياس على ما يعدل عنه في الإستحسان فإنه لم يقصد به على ما أرى تصوير المعدول عنه بصورة الأضعف الساقط في مقابلة الأقوى، بل كان ذلك لبيان أن المعدول عنه ليس هو النص نفسه أو الأصل ، أو القياس على الحقيقة- بل هو معنى تبادر الى الذهن باديء النظر، ولهذا نجد غير واحد من الحنفية يصرحون بأن الإستحسان هو ترك القياس الظاهر الذي يسبق اليه الأوهام ، وأن الإستحسان على اعتبار الصورة يتراءى وكأنه تخصيص[1]، ولقد ورد ضمن تعريفات الإستحسان أن بعضهم قال بأن الاسنحسان هو

---

([1]) أنظر: أصول السرخسي: 201/2، 204 .

العدول الى خلاف الظن لدليل أقوى ولماكان المتروك مايظهر للفهم دون الحكم والمعاني المقصودة شرعا قال بعض الباحثين:

إن الأمر الجامع بين كل مفاهيم الإستحسان عند الحنفية هو ترك القياس العقلي[1].

أقول: وكذلك أيضا عند المالكية لأنه لا أحد من القائلين بالإستحسان يرى وجود تعارض حقيقي بين القياس والإستحسان.

وتجدر الاشارة الى أن موضع بيان كون الإستحسان مخصصا أولا الفصل الخاص بتكييف الإستحسان، إلا أني ذكرت ما ذكرت لصلته الشديدة بإطلاق لفظ القياس على المعدول عنه .

وأختم الكلام هنا بقول الغزالي:

(ولفظة القياس إصطلاح للفقهاء فيختلف إطلاقها بحسب إختلافهم في الاصطلاح ، فلست أرى الاطناب في تصحيح ذلك أو أفساده لأن أكثر تدوار النظر فيه على اللفظ)[2].

---

([1]) أنظر: مناهج الإجتهاد في القرن الثاني الهجري, الدكتور محمد بلتاجي: 635/1.

([2]) المستصفى : 280/2 .

## المبحث الثاني

## المراد بالقياس الخفي

جمهور الحنفية ذكروا القياس الخفي على أنه نوع رابع بعد النص والإجماع والضرورة، ولكن بعضهم كالتفتازاني ذكره على أنه النوع الثالث بعد النص والإجماع، والظاهر أنه رأى الضرورة مندرجة ضمن القياس الخفي، وهذا ما رآه بعضهم حيث أرجعوا استحسان الضرورة الى القياس الخفي، وفي الوقت نفسه نجد بعضا منهم كالسمرقندي يعد أنواع الإستحسان دون تعرض لذكر القياس الخفي، وبهذا فإننا نجد الاختلاف واقعا بين علماء الحنفية بشأن موقع القياس الخفي من أنواع الإستحسان بل وفي وجوده أيضاً.

وإذا جئنا الى ما ذكره العلماء والباحثون المعاصرون بشأن القياس الخفي نجد أنهم جعلوه نوعا مستقلا مختلفا عن استحسان الضرورة والعرف والمصلحة[1]. لكن الذي يظهر من تتبع كلام الأصوليين في القياس الخفي أنه المعنى الذي تعلق به القصد في العدول، أو بعبارة أخرى: الباعث على العدول، وهو بذلك شامل لجميع أنواع الإستحسان فيما عدا النص والإجماع منها، بل أننا إذا عرفنا حقيقة المراد به على النحو الذي أفصل فيه، فإن من الممكن القول بأنه شامل لجميع أنواع

---

([1]) وسيأتي تفصيل كل ما تقدم في الفصل الخاص بأنواع الإستحسان وتطبيقاته .

الإستحسان[1]- بحسب وجه العدول ومستنده- ومن ضمنها استحسان النص والإجماع.

لذا فإني أحاول في هذا المبحث تحديد حقيقة هذا القياس الخفي وما يراد به بذكر ما قيل فيه وما يستنتج منه ، وأما موقعه من أنواع الإستحسان فإني أؤجل الكلام فيه الى الفصل الذي خصصته لأنواع الإستحسان وتطبيقاته، وسياتي فيه تفصيل ما أوجزت فيه الكلام.

وأبرز ما قاله الحنفية فيه هو تعريف جمهورهم له بأنه عبارة : (عما لا يتبادر اليه الذهن إلا بعد التأمل)[2].

ولقد سبق كلام عبدالعزيز البخاري بأن المراد الجلي، المعنى القياسي والمراد بالخفي، المعنى الإستحساني[3].

ويتخرج على هذا: أن القياس الخفي: هو المعنى الخفي الذي لا يتبادر الى الذهن إلا بعد التأمل ، وما سبق ذكره من أن القياس هو المعنى المستنبط من النص يؤكد ذلك.

ومع ذلك فإني أرى أن هذه الأقوال غير كافية وحدها للجزم بما سبق تحديده لذا فإني أقسم هذا المبحث على مطلبين:

المطلب الأول: أراء الأصوليين بوجه عام في المراد بالقياس الخفي.

المطلب الثاني: القياس الخفي بين المعنى الخفي والأصل الخفي.

---

([1]) وقد سبق تعريف بعضهم للإستحسان بأنه (القياس الخفي) وكذا تعريف بعضهم للإستحسان بأنه: تعليق الحكم بالمعنى الخفي.

([2]) أنظر: التقرير والتحبير: 221/3. وفواتح الرحموت, ومسلم الثبوت: 302/2.

([3]) أنظر: كشف الأسرار: 347/3. كما سبق قول الكاساني: ما ظهر من المعاني فهو قياس وما خفي منها فهو استحسان: أنظر بدائع الصنائع: 79/1.

## المطلب الأول

## أراء الأصوليين بوجه عام في المراد بالقياس الخفي

إن الاختلاف الذي حصل في تحديد المراد بالقياس الجلي حصل في القياس الخفي أيضا، وفيما يأتي أبرز ما قيل بشأنه:

قال القرافي:

(القياس الخفي هو الشبه)[1].

وقال الطوفي عنه في موضع[2] مثل قول القرافي ، وقال عنه في موضع أخر:

هو ماكانت العلة فيه مستنبطة[3].

وبمثل هذا عرفه الآمدي، فقال:

وأما الخفي ، فما كانت العلة فيه مستنبطة من حكم الأصل، ومثل له بقياس القتل بالمثقل على المحدد ونحوه[4].

وقال إبن الهمام:

أن الخفي عند الشافعية هو:

ما يكون نفي اعتبار الفارق مظنونا كقياس النبيذ على الخمر[5].

---

([1]) أنظر: شرح تنقيح الأصول: 203–205.

([2]) أنظر: شرح مختصر الروضة: 223/3.

([3]) المصدر نفسه: 574/3.

([4]) الأحكام: 269/2–270.

([5]) أنظر : التقرير والتحبير: 221/3. وشرح المحلي على جمع الجوامع مع البناني: 340/2.

وأما السمرقندي فبعد أن ذكر ما ذكر في القياس الجلي قال في القياس الخفي:

هي عامة الأقيسة وفيها الخلاف بين العلماء[1].

وبهذا فإننا لا نجد عنده التوضيح الذي وجدناه عنده بشأن القياس الجلي.

ويمكن أرجاع ما تقدم الى أمرين يستلزمان ثالثا وهما:

أولاً. القياس الخفي هو الشبه.

ثانياً. القياس الخفي: هو ما كانت العلة فيه مستنبطة.

وإذا كان كذلك فإنه يكون قياسا لا يقطع فيه بنفي الفارق.

وبغية توضيح أكثر أذكر مقالات الأصوليين في المراد بالشبه وسيتضح من خلال ذلك المراد بالعلة المستنبطة، ثم أذكر بعد ذلك قضايا أخرى تتعلق بالشبه.

ومن هنا فإني سأضمن هذا المطلب ثلاثة فروع وهي:

الفرع الأول: تعريف الشبه.

الفرع الثاني: الفرق بين المناسب والشبه وموقف الحنفية من الأحتجاج بالشبه.

الفرع الثالث: العلاقة بين الشبه والقياس الخفي.

---

([1]) ميزان الأصول. 820/2.

## الفرع الأول
## تعريف الشبه

**أولا: معنى الشبه في اللغة**

الشبه في اللغة: المثل، يقال تشابه الشيئان واشتبها. أي: أشبه كل منهما الأخر حتى التبسا.

والشبهة : الالتباس[1].

يقول الطوفي:

(أن ظاهر كلام أهل اللغة والاصول: الفرق بين المثل والشبه والمماثلة والمشابهة، وأن مثل الشيء ما ساواه من كل وجه في ذاته وصفاته، وشبه الشيء وشبيهه: ما كان بينه وبينه قدر مشترك من الأوصاف، وكلما كانت الأوصاف المشتركة أكثر كانت المشابهة أقوى، ثم قال: أن أطلاق الشبيه على المثيل وكذا العكس مجاز)[2].

وعلى هذا فإن المثل هو ما ساواه من كل وجه، اما الشبه فهو الأشتراك في بعض الأوصاف ، وكلما كانت تلك الأوصاف أكثر كانت المشابهة أقوى – أي قريبة –.

**ثانياً. الشبه في إصطلاح الأصوليين :**

إختلف الأصوليون في حقيقة الشبه حتى قال فيه إمام الحرمين:

(لا يتحرر في الشبه عبارة مستقرة في صناعة الحدود).

---

(1) القاموس المحيط: 286/4.

(2) شرح مختصر الروضة: 424/3.

وقال فيه إبن السبكي :

(لقد تأثر التشاجر في تعريف هذه المنزلة ولم أجد لأحد تعريفا صحيحا فيها)[1].

ومن هنا فإني أورد أبرز ما وجدته من تعريفات الأصوليين للشبه ثم اقارنها بما قاله فيما يتعلق بالشبه والقياس الخفي.

التعريف الأول :

الشبه هو: (أن يكون فرع يتجاذبه أصلان فيلحق بأحدهما بنوع شبه مقرب)[2].

ذكره الطوفي وقال : ( هو قول القاضي يعقوب من أصحابنا وغيره)[3].

ونسبه إبن أمير الحاج لإبن السمعاني من الشافعية وقال موضحاً:

(يقرب الفرع من الأصل في الحكم المطلوب من غير تعرض لبيان المعنى)[4].

ذكر إبن السبكي هذا التعريف وعده أعلى أنواع قياس الشبه، وسماه بقياس غلبة الأشباه ، ومثل له بالحاق العبد بالمال في أيجاب

---

([1]) أنظر: جمع الجوامع: 286/2. والتقرير والتحبير: 200/3. وأرشاد الفحول: 219.

([2]) أنظر: التقرير والتحبير : نفس الإشارة, وشرح المحلي على جمع الجوامع: 287/2, والأحكام للآمدي: 257/2. وشرح مختصر الروضة, الأشارة السابقة.

([3]) أنظر: شرح مختصر الروضة: نفس الإشارة.

([4]) التقرير والتحبير: 201/3.

القيمة بقتله بالغة ما بلغت ، لأن شبهه بالمال في الحكم والصفة أكثر من شبهه بالحر فيهما.

وقال الشربيني: المراد بالحكم : كونه يباع ويؤجر ويعار، وأما الصفة فتتفاوت أوصافه جودة وراءة، وتعلق الزكاة بقيمته إذا أتجر فيه، فإعتبار الشارع هذه الأحكام والأوصاف يظن منه الحاقه بالمال.

وذكر إبن السبكي: أنه يلي هذا القياس في المرتبة: القياس الصوري كقياس الخيل على البغال والحمير في عدم وجوب الزكاة للشبه الصوري بينهما، ثم نقل قول الرازي:

أن المعتبر في قياس الشبه ليكون صحيحا، حصول المشابهة لعلة الحكم أو مستلزمها، و وضح البناني بأن مراده هو المشابهة في الصورة أو في الحكم[1].

والظاهر أن قول إبن أمير الحاج (.......من غير تعرض لبيان المعنى.......) مبني على ما تقدم، هذا وقد أورد الطوفي تعريفا آخر للشبه هو:

(ما اجتمع فيه مناطان لحكمين مختلفين لا على سبيل الكمال إلا أن احدهما أكمل من الآخر)، ثم قال :( وهذا نحو من الذي قبله)[2].

وقفة:

قال الجصاص في تعريف الضرب الأول[3] من الإستحسان بقوله:

---

([1]) أنظر: جمع الجوامع بشرح المحلي والبناني عليه مع تقريرات الشربيني: 287/2.

([2]) شرح مختصر الروضة: 426/3. وربما يقصد به مثل الوقف فمن حيث أنه خروج عن المسلك فيه مناط البيع, ومن حيث أنه للأنتفاع فيه مناط الإجارة.

([3]) وقد جعله ضربان وسبق ذكرهما ضمن تعريفات الحنفية للإستحسان.

(أن يكون فرع يتجاذبه أصلان يأخذ الشبه من كل واحد منهما، فيجب الحاقه بأحدهما دون الأخر لدلالة توجبه). ثم قال:

(وأغمض ما يجيء من مسائل الفروع وأدقها ما كان من هذا القبيل و وقف هذا الموقف لأنه يحتاج في ترجيح أحد الوجهين على الآخر الى إمعان النظر واستعمال الفكر والروية في الحاقه بأحد الأصلين).

وبعد هذا أقول:

إذا كان المراد بالشبه ما ذكره إبن أمير الحاج من أنه: لا التفات فيه للمعنى والذي يؤيده ما تم نقله عن الرازي، فيمكن القطع حينئذ بأن الشبه الذي يريده الجصاص ليس من ذلك، لأن المناسبة تكاد تكون القاسم المشترك لجميع المسائل الإستحسانية، هذا أولا، وثانيا: أن الجصاص لم يذكر في تعريفه قرب الشبه وبعده، وذلك لأن المنظور اليه وحده هو المعنى الكامن في الفرع والأصل الذي يدرك بالعقل ، ولفظ (الدلالة) في تعريف الجصاص على ما يبدو لي يراد به (الدلالة العقلية)، وإذا كان المنظور اليه هو المعنى الكامن- وهو مطلق المصلحة- فلا قرب يتصور عندئذ ولا بعد، إلا من حيث التبادر الى الذهن وعدم تبادره.

وأن قيل بأن بعضا من القائلين بالإستحسان – كاللخمي من المالكية- يذكرون قرب الشبه وبعده وهذا يدل على اعتدادهم بالشبه الصوري.

يجاب: بأن القائلين بالإستحسان يعدلون عن الشبه الأقرب الى الأبعد، لا على النحو الذي تقدم حيث أن المتروك أبعد شبها من المعمول به.

هذا وقد سبق ذكر مثال الاشتراك في السرقة في فصل التعريفات وهو ضمن الأمثلة التي أوردها الجصاص لهذا الضرب من الإستحسان.

التعريف الثاني :

قال أبوبكر الباقلاني:

(الشبه هو الجمع بين الأصل والفرع بما لا يناسب الحكم ولكن يستلزم ما يناسب الحكم)[1].

ونقله عنه القرافي وإبن السبكي بالعبارة الآتية:

(هو الوصف الذي لا يناسب لذاته ويستلزم المناسب لذاته، وقد شهد الشرع لتأثير جنسه القريب في جنس الحكم القريب)[2].

قبل أن آتي الى توضيح هذا التعريف لا بد من بيان: أن الأصوليين يذكرون أنواعا ثلاثة من الأوصاف بحسب الاشتمال على المناسبة وعدمه وهي:

أولاً. الوصف المناسب : وهو الوصف الذي يدرك العقل وجه الصلة بينه وبين الحكم الذي ترتب عليه ، كوصف الإسكار بالنسبة الى تحريم الخمر.

---

([1]) أنظر: جمع الجوامع : 287/2. والأحكام للآمدي: 258/2.

([2]) أنظر: شرح تنقيح الفصول : 395-396. والابهاج : 67/3. وأيضا لما يتعلق بزيادة تأثير الجنس في الجنس: الأحكام للآمدي: 259/2. وشرح مختصر الروضة.

ثانياً. الوصف الطردي : وهو الوصف الذي يقطع العقل بعدم وجود الصلة بينه وبين الحكم ، كلون الخمر بالنسبة الى تحريمه، حيث أن العقل يدرك أنه لا مدخل له في تحريم الخمر[1].

ثالثاً. الوصف الشبهي : وهو المراد بالتعريف الذي نحن بصدده.

ومما مثلوا به للوصف الشبهي ما نقله الآمدي عن الإمام الشافعي أنه قال: إن إزالة الخبث طهارة تراد للصلاة: فتعين فيها الماء، ولا يجوز مائع آخر كإزالة الحدث.

قال في مسلم الثبوت: (كونها طهارة مرادة للصلاة ليس هذا مناسبا لوجوب الماء ، بل إنما يناسبه إزالة ما هو نجس، لكن في الحدث لا يمكن إزالتها إلا بالتعبد وذلك بالماء، وفي الخبث بإزالة عينه)[2].

فتعليل التعيين بالماء دون مانع آخر بكون الطهارة مرادة لأجل الصلاة تعليل بوصف شبهي لا يدرك فيه وجه المناسبة بذاته، ولكن التفات الشارع الى ذلك في بعض الأحكام كتعيين الماء في الصلاة والطواف ، ومس المصحف ، يوهم اشتماله على المناسبة[3].

فالمناسبة أذاً – على فرض وجودها– مشتمة من دليل منفصل عن الوصف وهو ظهور اشتراط استخدام الماء في أمور مشابهة هي من جنس الطهارة ، وهذا هو المراد بشهادة الجنس للجنس، ويظهر من هذا

---

([1]) أنظر: شرح مختصر الروضة : 424/3. وما بعدها وتقريرات الشربيني على شرح المحلي على جمع الجوامع: 288/2 والتقرير والتحبير :201/3 وشرحتنقيح الفصول:395 .

([2]) أنظره: 302/2 وأيضا الأحكام للآمدي: 258/2–259.

([3]) أنظر: فواتح الرحموت ومسلم الثبوت. وتقريرات الشربيني: نفس الأشارة.

المثال أن وجود دليل منفصل عن ذات الوصف هو الذي أوهم اشتمال الوصف الشبهي على المناسبة.

التعريف الثالث :

قال في التقرير والتحبير:

الوصف الشبهي: وصف لم تثبت مناسبته للحكم إلا بدليل منفصل[1].

ونفى إبن الهمام كون هذا الدليل المنفصل إخالة ،أي المناسبة ، بناءعلى أن هذا الدليل المنفصل لو كان إخالة لكان الوصف هو الوصف المناسب المشهور لا الوصف الشبهي ، ولهذا عرفه في فواتح الرحموت بأنه:

(ما ليس بمناسب لذاته، بل يوهم المناسبة، وذلك بالتفات الشارع اليه في بعض الأحكام)[2]، فإيهام المناسبة هنا هو من الدليل الشرعي المنفصل لامن الوصف نفسه ثم ذكر المثال المتقدم حول إزالة النجاسة.

ولكن الطوفي ذكر تعريفا للشبه مفاده: أن توهم وجود المصلحة ناشيء من الوصف نفسه، فقال الشبه هو:

(الجمع بين الأصل والفرع، بوصف يوهم اشتماله على حكمة ما من جلب مصلحة أو دفع مفسدة) وفسره قائلا:

---

(1) أنظره: 200/3.

(2) أنظره: 301/2.

(هو ما ظن أنه مظنة للمصلحة، أي يوهم اشتماله على مصلحة الحكم، وظننا أنه مظنة المصلحة من غير قطع بذلك ، ورأينا الشارع قد اعتبره في بعض الأحكام فهذا هو الشبهي).

فههنا نجد أن الشبه بهذا المعنى من الممكن شم وجه المناسبة فيه غير أنه لا يقطع به ويلاحظ أنه ذكر قوله: (ورأينا الشارع...) بعد الإشارة الى إشتمال الوصف على المصلحة، وفي ذلك إشارة الى أن شم المناسبة هو من الوصف نفسه لا من الدليل الشرعي المنفصل.

وأضاف قائلاً : وسمي بالشبهي لتردده بالشبه بين القسمين الأولين وهما المناسب والطردي، لأنه من حيث إنا لم نقطع بانتفاء مناسبته واشتماله على المصلحة بل ظننا ذلك فيه: أشبه المناسب المقطوع باشتماله على المصلحة، ومن حيث انا لم نقطع بمناسبته واشتماله على المصلحة أشبه الطردي المقطوع بخلوه عن المناسبة المصلحية)[1].

وواضح من كلامه هذا أن المناسبة –الخفية– مفهومة من الوصف الشبهي بغض النظر عن الدليل المنفصل.

ومثل الطوفي لهذا بالمثال الأتي: قال:

(ألحقنا نحن والحنفية مسح الرأس بمسح الخف في نفي تكرار المسح، لكونه ممسوحا فقلنا ممسوح في الطهارة فلا يسن تكراره كمسح الخف، وألحقه الإمام الشافعي بباقي أعضاء الوضوء في أثبات التكرار لكونه أصلا في الطهارة فقال: مسح الرأس أصل في طهارة الوضوء فسن تكراره ، قياساً على الوجه واليدين والرجلين).

---

([1]) أنظر: شرح مختصر الروضة: 424/3. 428.

ووضح الطوفي أساس كل من القولين قائلاً:

(في كل واحد من هذين القياسين جامع وفارق، إذ الأول قياس ممسوح على ممسوح- أي قياسهم هم والحنفية- ، فالمسح جامع ولكنه قياس أصل على بدل، فهذا هو الفارق إذ مسح الرأس أصل في الوضوء، ومسح الخف يدل فيه عن غسل الرجلين، والثاني قياس أصل على أصل - ويقصد قياس الإمام الشافعي- فهذا هو الجامع لكنه قياس ممسوح على مغسول- أي أن الرأس ممسوح وهوالفرع، واليدين والرجلين مغسولتان وهما الأصل فهذا هو الفارق)[1].

أقول: لا بعد في أن يجعل الحنفية (مسح الخف) مقيسا عليه هنا، لكن الذي يظهر من كلام السرخسي وبعض علمائهم أن الدليل المنفصل هو العقل ، وحينئذ يكون مسح الخف شاهدا، فهم يقولون أن المسح يدل على التخفيف فالتخفيف هو جنس (المسح)، وقد أعتبر هذا المعنى – أي التخفيف- في مسح الخف، فمسح الخف لم يحقق المناسبة بل شهد المناسبة ، وفيما يأتي توضيح ذلك:

قال الغزالي[2]:

(يقول أبو حنيفة في مسح الرأس: أنه مسح فلا يتكرر كمسح الخف.

ويقول الشافعي: أصل في الطهارة فيكرر كالغسل- أي كاليدين والرجلين....) ثم ذكر أن الإمام أبا حنيفة قال:

---

(1) المصدر نفسه: 3/428-429.

(2) أنظر: شفاء الغليل: 317.

(المسح خفيف في ذاته فجاز أن يخف حكمه).

والسرخسي بعد أن ذكر قولهم بعدم استنان التكرار، وقارن بين ما قاله علماؤهم وبين ما ذهب اليه الإمام الشافعي قال:

(فكان المؤثر ما قلنا: لأن في لفظ المسح ما يدل على التخفيف، فإن المسح يكون أيسر من الغسل لا محالة، وتأدي الغرض في هذا المحل بفعل المسح دليل التخفيف أيضا، وكون الاستيعاب فيه ليس بشرط بخلاف المغسولات تخفيف آخر، والاكتفاء بالمرة الواحد لإقامة الغرض والسنة من باب التخفيف ، ففي قولنا: مسح إشارة الى ما هو مؤثر فيه وليس في قوله- ويقصد الإمام الشافعي- إشارة الى ما ينفيه)[1].

وهكذا نرى أن كلام السرخسي يظهر بوضوح أن قولهم في مسح الرأس لا يسن تثليثه مبني علىما يستشف من لفظ المسح من معنى التخفيف، وإذا قارنا بين هذا وبين ما قاله إبن الهمام من أن الدليل المنفصل لا يكون أخالة- مناسبة- في الوصف الشبهي يتخرج القول بأن الحنفية لا يعدون المسح وصفاً شبهياً ، لأن الدليل المنفصل هنا هو العقل، أي الاخالة والمناسبة.

ولقائل أن يقول: أن الدليل المنفصل هو مسح الخف والتيمم وغيرهما.

وللجواب على ذلك أقول:

الذي يظهر من الأمثلة المذكورة- فيما عدا المسح- أن الوصف الشبهي يفيد مناسبة ضعيفة جدا يكاد يلتحق بالطرد المحض، والدليل

---

(1) أنظر: أصوله: 189/2. وكشف الأسرار للنسفي: 260/2.

المنفصل فيه نوع من التأييد لتلك المناسبة الموهومة، وأما ما ذكره الحنفية بخصوص المسح فليس من ذلك، حيث أن التخفيف وإن كان معنى خفيا لكن من الممكن ألزام الغير بالتسليم بوجوده في لفظ المسح، لأن كون الشيء معقولا لا يعني أن تتبادر العقول الى قبوله، ولهذا يقول إبن الهمام:

(المراد بإبداء المناسبة تفصيلها للمخاطب)[1].

ولهذا فإن الدليل المنفصل والذي هو مسح الخف والتيمم أو غيرهما مما هو مسح ولم يشترط فيه التكرار له مهمة أخرى بخصوص دلالة المسح على التخفيف وهي:

إن التخفيف هو معنى خفي استنبط بالعقل، ومعلوم أن العقل ليس بشارع، ولهذا لا بد من وجود شاهد من الشرع في محل آخر يشهد لذلك. وهنا وجد الحنفية أن الشرع لم يشترط التكرار في مسح الخف وغيره فكان شاهدا لتلك المناسبة.

وهذا الذي ذكرته مستفاد من قولهم : أن التخفيف وصف مؤثر، لأنهم يطلقون لفظ التأثير ويريدون به المناسبة مع الاعتبار الشرعي معا.

وبهذا فإن الدليل المنفصل في المسح هو شاهد لمناسبة مفهومة بالعقل لا أنه موجد للمناسبة.

وههنا تظهر الصلة بين القياس الخفي، وبين الشبه والعلة المستنبطة.

---

([1]) أنظر : القرير والتحبير: 160/3 .

حيث أن القياس الخفي هو معنى خفي مستنبط بالعقل في موضع، وظهر تأثير ذلك المعنى في محل آخر، ويلاحظ أن ذلك المعنى مستنبط في الدليل المنفصل أيضا، لأن التخفيف لو كان منصوصا في مسح الخف والتيمم لما كانت العلة مستفادة بالمناسبة في مسح الرأس أيضا وبالتالي لما كان التخفيف مستنبطا، ومن هنا قال في التقرير والتحبير:

(كون الوصف معتبرا بالتأثير يكون علته مستنبطة)[1].

وفي موضع آخر:

(أن إثبات اعتبار الوصف علة بنص أو إجماع في الجنس إنما هو بإظهار اعتباره في محل آخر لا في عين حكم الأصل)[2].

التعريف الرابع :

قال الغزالي في تعريف الشبه:

(هو الوصف الذي لا يناسب ويظن كونه علامة متضمنة للعلة التي غابت عنا ، فيحكم بالاشتراك في الحكم عند الاشتراك فيه)[3].

وقال في المستصفى[4]:

---

([1]) أنظره: 158/3.

([2]) المصدر نفسه: 147/3.

([3]) أنظر: شفاء الغليل: 306.

([4]) أنظره: 310/2-313, واشراد الفحول: 219.

(إن إسم الشبه يطلق على كل قياس، فإن الفرع يلحق بالأصل بجامع يشبهه فيه فهو إذا يشبهه، وكذلك إسم الطرد لأن الإطراد شرط كل علة، ومعنى الطرد: السلامة عن النقض، لكن العلة الجامعة إن كانت مؤثرة أو مناسبة عرفت بأشرف صفاتها وأقواها وهو التاثير والمناسبة .... ثم قال: إذا انضاف الى الإطراد– أي إطراد الوصف– زيادة ولم ينته الى درجة المناسب والمؤثر سمي شبها وتلك الزيادة هي مناسبة الوصف الجامع لعلة الحكم وأن لم يناسب نفس الحكم، ثم بين معنى الشبه فقال وبيانه:

(أنا نقدر أن لله تعالى في كل حكم سراً، وهو مصلحة مناسبة للحكم، وربما لا يطلع على عين تلك المصلحة، لكن يطلع على وصف يوهم الإشتمال على تلك المصلحة ويظن أنه مظنتها وقالبها الذي يتضمنها وإن كنا لا نطلع على عين ذلك السر، فالاجتماع في ذلك الوصف الذي يوهم الاجتماع في المصلحة الموجبة للحكم يوجب الاجتماع في الحكم، ثم قال:

ويتميز الشبه عن المناسب: بأن المناسب هو الذي يناسب الحكم ويتقاضاه بنفسه كمناسبة الشدة للتحريم، ويتميز عن الطرد بأن الطرد لا يناسب الحكم ولا المصلحة المتوهمة للحكم بل نعلم أن ذلك الجنس لا يكون مظنة المصالح وقالبها.... الى أن قال: فإذن معنى التشبيه: الجمع بين الفرع والأصل بوصف مع الاعتراف بأن ذلك الوصف ليس علة الحكم، بخلاف قياس العلة فإنه جمع بما هو علة الحكم.

ثم قال: بأن أمثلة قياس الشبه كثيرة ولعل جل أقيسة الفقهاء، ترجع اليها إذ يعسر إظهار تأثير العلل بالنص والإجماع والمناسبة المصلحية.

ثم رد الغزالي : الاستدلال السابق الذي رد به الحنفية في مسألة مسح الرأس، ولا أرى داعيا الى ذكر ما قاله فيها و سأكتفي بذكر مثال من الامثلة التي أوردها.

فقد مثل بقول الإمام الشافعي في النية في الوضوء والتيمم: طهارتان فكيف تفترقان.

هذا وحدد الغزالي الجامع بمأخذ النية فقال: ( فهو مناسب إن لم يطلع على ذلك المناسب)، ونقل الطوفي عن بعض العلماء قريبا من كلام الغزالي، وخلاصته: أننا نقدر أن الله تعالى في كل حكم يثبته سرا وحمة، بهذا الحكم الثابت في الأصل لا يخلو من مصلحة ولا يعرف غير تلك المصلحة، وفي محل الإجماع أوصاف يعرف أن بعضها لا يخلو عن المصلحة قطعاً ، ويوهم اشتمال البعض على المصلحة فإذا جمع ببن الأصل والفرع بما يوهم اشتماله على المصلحة كان هذا قياسا شبهياً.

ثم ذكر المثال الأتي:

أن يقال: أن الشارع حرم الربا في البر والشعير فلا يخلو من أن يكون حرمه لكونه مكيلا أو لكونه مطعوما، ونعلم أنه حرمه لمصلحة لا نعلم عينها، لكن الاشبه أن المصلحة ضمن الطعم، لكونه مظنة المصالح الكثيرة لكونها قوام العالم المعينة على العبادة بخلاف الكيل إذ لا مصلحة فيه.

قال الطوفي: (قلت هذا المثال صحيح، لكن تعليل التحريم بالطعم المتضمن لمصلحة قوام العالم فاسد الوضع، لأن ما كان قواما للعالم هو من أكبر النعم فلا يناسب التحريم لأجله، اللهم إلا أن يقال بأنه حرم التفاضل تحصيلا للتناصف في هذه النعمة ودفعا للتغإبن فيها فيكون ذلك صحيحا مناسبا، والتعليل بالكيل أنسب، لأن المعقول من تحريم الربا نفي التغإبن في الأموال وأكلها بالباطل فإضافته الى ما يتحقق به التفاضل وهو الكيل والوزن أولى[1] .

ويلاحظ أن المثال الذي نقله الطوفي عن بعض العلماء أورده الغزالي أيضاً للشبه[2]، وكذا أورده السمرقندي ليوضح من خلاله أن أحكام الله تعالى لم تتعلق بالألفاظ والأسامي وإنما تعلقت بالحكم والمعاني[3]، ولقد رفض السمرقندي كغيره من الحنفية الاحتجاج بالشبه – على ما سيأتي– ، وهذا يدل على أن المثال المذكور ليس شبها عند السمرقندي وعلى العموم فإن الأصوليين قد يختلفون في بعض الأوصاف، ولكن الذي يلاحظ أن الشبه قد يطلق على بعض المعاني التي تؤخذ من حيث الجملة من نص من النصوص.

---

([1]) انظر لكلما تقدم شرح مختصر الروضة: 3/432-433. وأيضا للفقرة الأخيرة الأحكام للآمدي: 2/259.

([2]) أنظر المستصفى: 2/313.

([3]) أنظر: ميزان الأصول: 2/913-914.

## الفرع الثاني

## الفرق بين المناسب والشبه، وموقف الحنفية من الأحتجاج بالشبه

**أولاً. الفرق بين المناسب والشبه :**

كلام الأصوليين في الشبه غير خال من الغموض، ويعود الى أن الوصف الشبهي يتوسط الوصف المناسب والوصف الطردي، وهذا مما يصعب وصفه وتحديده، كما أن من أسباب هذا الغموض حصر جمهور الأصوليين الوصف المناسب بما أن كان في درجة ظهور وصف الإسكار

بالنسبة الى تحريم الخمر وقد أدى ذلك الى عد بعض الأوصاف من الشبه مع أن من الممكن عده وصفا مناسبا كالتخفيف بالنسبة الى المسح. ولذلك كله فإن التفرقة بين الوصف المناسب وبين الوصف الشبهي على درجة كبيرة من الصعوبة ومع ذلك فقد ذكر بعض الأصوليين الفرق بينهما:

قال الطوفي:

(أن المناسبة يتعين فيها المصلحة، بخلاف الشبه فإن المصلحة فيه مطلقة يعني مبهمة).

ثم قال: (أن المناسب يؤثر في عين المصلحة والشبه يؤثر في جنسها)[1].

**ثانياً. موقف الحنفية من الأحتجاج بالشبه :**

إن التعريفات أو التفسيرات السابقة تناولت الشبه من ناحيتين:

فالتعريف الأول أبرز جانب الالحاق الذي هو ثمرة وجود المشابهة بين الوصف في الأصل وبين الوصف في الفرع، وأما التعريفات الأخرى فقد تناولت الوصف الشبهي نفسه، والذي يهمنا هنا هو الوصف نفسه، والحنفية يقولون أن الوصف الذي هو مدار القياس لا بد من أن يكون مشتملا على معنى يدركه العقل، ومن ثم يكون الإلحاق والتعدية على

---

([1]) أنظر: شرح مختصر الروضة: 3/432-433. وأنظر الفقرة الأخيرة , الأحكام للآمدي: 2/259.

أساس وجود ذلك المعنى، وأما المشابهة من حيث الصورة فإنها مرفوضة عندهم[1].

يقول السمرقندي:

(أن مطلق الشبه ليس بكاف فإنه ما من موجودين إلا وبينهما نوع مشابهة لكن القياس الصحيح أن يكون بينهما مشابهة بوصف مؤثر، والقياس الفاسد أن يكون بينهما مشابهة، إما من حيث الصورة[2] أومن حيث الأحكام[3] من غير تأثير في أثبات الحكم، ثم صار هذا الأسم مختصا بقياس شيئين بينهما مشابهة بشيء غير مؤثر في الحكم أصلاً)[4].

وكذلك فإن الشبه هو من قبيل مسألة أزالة النجاسة السابقة مرفوض عند الحنفية لأنه يفيد ظنا ضعيفا. ولهذا يقول صاحب فواتح الرحموت:

(أن الشبه باطل قطعا، إذ ليس فيه مناسبة تفيد ظن العلية، وإن أفاد ظنا ضعيفا فهو لا يغني من الحق شيئا)[5].

---

([1]) أنظر: ميزان الأصول: 864/2. وأصول السرخسي: 179/2. والتقرير والتحبير: 201/3. وفواتح الرحموت: 302/2. وقال بعض الأصوليين من الشافعية بالشبه الصوري. أنظر: الابهاج: 68/3-71. والأحكام للآمدي: 259/2. وغاية الوصول: 125. والمستصفى: 318/2. وشرح تنقيح الفصول: 395-396. شرح مختصر الروضة: 424/3،431, 430, واشراد الفحول: 220. والمدخل لأبن بدران: 160-161.

([2]) كقياس الجلسة الأخيرة في الصاق ذات الأربع بالجلسة الأولى بأنها واجبة .

([3]) بأن يقال: العبد أشبه الأموال على النحو المتقدم.

([4]) ميزان الأصول: الأشارة نفسها.

([5]) أنظره: 302/2.

وعلـى هـذا فـإن عبـارة الشـبه الـواردة فـي كـلام بعـض الحنفيـة كالجصاص محمول على المشابهة في وصف مؤثر. ولقد ذكر الغزالي في شفاء الغليل أن أبا زيد الدبوسي كان يعبر عن الشبه بالمؤثر[1]، ولقد ظهر من مثال المسح أن الحنفية يعتبرون التخفيف المستنبط من المسح وصفاً مؤثراً . وما سيأتي من مراد الحنفية بالتأثير يؤكد هذا.

## الفرع الثالث

## تحديد وجه العلاقة بين الشبه والقياس الخفي

نتيجـة المقارنـة بين مـا قالـه الحنفيـة فـي القيـاس الخفـي: (من أنـه عبارة عما لا يتبادر اليه الذهن إلا بعد التأمل) وكذا ما طبقوه من المسائل الإستحسانية المندرجة ضمن القياس الخفي وبين ما قيل عنـه بأنـه الشبه أو أنه قياس بما كان الجامع فيه علة مستنبطة. يتبين أن القياس الخفي عبارة عن:

---

([1]) أنظره: 310.

(معنى خفي معقول، يترتب على العمل بمقتضاه تحقيق مصلحة: من جلب نفع أو دفع ضرر) ، وبهذا المعنى الخفي يفارق موضع الإستحسان نظائره ، حيث يثبت له حكم مخالف لتلك النظائر، ويكون هو المؤثر في إثبات هذا الحكم المخالف . و هذا المعنى مرادف للمصلحة.

وقد أطلق القائلون بالإستحسان عبارات يريدون بها هذا المعنى الخفي، ومن تلك العبارات (المعنى المؤثر) فقد أطلقه الحنفية[1]، وكذا إبن رشد في تعريفه للإستحسان، ومنها: (المعنى المغير) حيث يطلقه من منع تخصيص العلة من الحنفية على إعتبار أن هذا المعنى الخفي إذا طرأ على موضع الإستحسان فإنه يغير العلة وتفقد العلة حينئذ أهم مقوماتها فتنعدم بذلك التغيير، وبالمقابل فإن المجوزين يطلقون عليه: المانع، على أعتبار أن وجود هذا المعنى الخفي في موضع الإستحسان يمنع ثبوت الحكم الذي يقتضيه القياس، فلو مثلنا بمسألة تثليث مسح الرأس نقول:

قد كان من المستحب مسح الرأس قياسا على اليدين، ولكن المعنى الخفي المستنبط من وصف المسح كان المؤثر في أثبات حكم مخالف وهو عدم استحباب التكرار، أو أنه غير العلة المقتضية للتثليث، أو أنه أصبح مانعا من ثبوت حكم ذلك القياس على الخلاف الذي يأتي تفصيله في تكييف الإستحسان.

ثم إن هذا المعنى الخفي مستنبط بالعقل- بالمناسبة- وأن مجرد المناسبة على ما صرح به علماء الحنفية لا يكفي لجعل وصف من الأوصاف علة لذا كان لا بد من ظهور أعتبار ذلك المعنى شرعا في

---

([1]) أنظر مثلا: كشف الأسرار للنسفي: 316/2.

محل آخر، لأنه لولا ذلك لكان العمل بتلك المناسبة المجردة- المصلحة- قولا بتأثير العقل في الأحكام الشرعية وهذا ممتنع[1].

ومن هنا أطلقوا التأثير وأرادوا به المناسبة العقلية التي ظهر اعتبارها شرعاً ، وبذلك فإن أطلاق لفظ التأثير هو للاحتراز عن المناسبة العقلية المجردة[2]، وهذا المحل الأخر هو نظير الدليل المنفصل الذي سبق ذكره بخصوص الوصف الشبهي ويتبين بذلك، أن القياس الخفي هو معنى خفي مستنبط في محل فهو جنس وصف، وقد ظهر أعتباره في محل أخر بترتيب الحكم على وفقه لا بالتنصيص عليه ولا بالايماء إليه ، لأنه لو كان كذلك لكانت العلة - المعنى الخفي- ثابتة بالنص لا بالمناسبة بل ولم يكن خفياً أصلاً .

فالتخفيف هو جنس وصف المسح ، وهو- أي التخفيف- معنى خفي استنبط بالعقل ولا نص ولا ايماء الى عليته ، ولكن الشرع أورد أحكاما على وفق ذلك المعنى في محل أخر كمسح الخف والجورب والتيمم، والتخفيف في هذه الأحكام مستنبط أيضاً فهو غير منصوص ولا مومأ اليه ، ولهذا غلب على الظن كون التخفيف علة ومؤثرا في عدم اشتراط التكرار، وهو القياس الذي يتبادر الى الذهن نتيجة وجود أصل وهو غسل اليدين ، ومن هنا يمكن تحديد بعض أوجه الصلة بين الشبه والقياس الخفي بما يأتي:

---

([1]) أنظر: ميزان الأصول: 864/2. والتقرير والتحبير: 160/3، 270، 271، والموافقات: 35/1 .

([2]) ومن هنا اعتبروا المناسبة المجردة من الطرد: أنظر: التقرير والتحبير 201/3. وفواتح الرحموت: 300/2.

أولاً. أن المعنى الخفي الذي هو القياس الخفي لا بد من أن تتأيد عليته بظهور اعتباره في محل أو في محال اخرى، كما أن ثبوت المناسبة الضعيفة في الشبه متوقف على دليل منفصل وهو التفات الشارع اليه في بعض الأحكام.

ثانياً. أن اساس كل منهما قائم على الأعتقاد الجازم بأن الله تعالى في كل حكم حكمة، وبالرغم من هذا الأتفاق من حيث الجملة فأن القياس الخفي يفترق عن الوصف الشبهي فيما يأتي:

1. إن القياس الخفي معنى خفي معقول، والدليل المنفصل شاهد لاعتبار تلك المصلحة المعقولة التي يراد ترتب الحكم عليها، لكن الذي يظهر من بعض الأمثلة المذكورة للشبه- كمثال أزالة النجاسة-: أن وجه المصلحة مما لا يستقل العقل بأدراكه وبالتالي فهو غير قابل لإستحسانها عقلاً ، فالدليل المنفصل في القياس الخفي هو المناسبة وليس كذلك في الشبه ، وقد صرح إبن الهمام بأن الدليل المنفصل في الوصف الشبهي ليس مناسبة.

وإنما قلت: بعض الأمثلة لأن بعض الأصوليين قد ذكر للشبه أمثلة عدّها الحنفية من المؤثر ومن ذلك: ما ذكره إبن السبكي ، فقد أعتبر من الشبه:

إيجاب المهر بالخلوة على القول القديم للإمام الشافعي[1] وقال:

---

([1]) وهو مذهب الحنفية: والحنابلة, والمالكية (على تفصيل ذلك) والزيدية, وذهب الأمام الشافعي في قوله الجديد, وأبن حزم والشوكاني الى وجوب نصف المهر لا جميعه, أنر: أحكام القرأن للجصاص, وتبيين الحقائق: 142/2. والمغني مع الشرح, 61/8. وما بعدها , والتوضيح للشوبكي: 322. وأحكام القرأن لابن العربي: 367/1. والجامع

(فإن الخلوة لا تناسب وجوب المهر لأن وجوده في مقابلة الوطيء إلا أن جنس هذا الوصف وهو كون الخلوة مظنة للوطيء معتبر في جنس الوجوب وهو الحكم بتحريم الخلوة بالأجنبية)[1].

ويظهر مما قاله إبن السبكي في هذا المثال، أن العقل لا يدرك وجه المناسبة بين الخلوة التي هي الوصف وبين وجوب المهر الذي هو الحكم، ولكن لما ظهر أن الشرع حرم الخلوة بالاجنبية، والخلوة هي جنس الوطء فإن هذا الدليل المنفصل عن ذات الوصف الشبهي أوهم إشنمال وجوب المهر بالخلوة على المناسبة.

ويلاحظ أن الجنس هنا جنس قريب مفهوم من اللغة، أي أنه جنس لفظي ، وليس جنسا عقليا كما هو الحال في التخفيف بالنسبة الى وصف المسح ، ولكن هذا الذي أعتبره إبن السبكي من الشبه يمكن عده قياسا خفيا يدرك عن طريق الأخالة ومن ثم يعرف ما إذا كان معتبرا شرعا أم لا، وتوضيح ذلك[2]:

إن الوطء وإن كان مؤثرا في وجوب المهر لكنه ليس بسبب الأستمتاع بل أنه يعطى للمرأة تكريما وتأنيسا لها ورعاية لمشاعرها، حيث تبذل ما تعتز به، والخلوة قبل ذلك، بل أنها تؤثر أكثر في أيذاء مشاعرها وقلة الرغبة فيها فيما لو طلقها الرجل بعد تلك الخلوة، ولهذا فإن الخلوة

---

لأحكام القرأن: 102/5, والمقدمات: 415/2, والقوانين الفقهية: 175-176. ومغني المحتاج: 225/3. والأزهار بشرح السيل الجرار: 279/2.

(1) أنظر: الابهاج: 67/3.

(2) أنظر: المصادر نفسها-فيما عدا الابهاج- الأشارات و ما بعدها.

هي من جنس الوطء على أعتبار رعاية تلك الأمور المذكورة ، ومن هنا كان أيجاب المهر بالخلوة أمرا مناسبا مما يستقل العقل بإدراكه ويستحسنه.

وتجدر الأشارة الى أن بعض الشافعية صرحوا بأن قول الإمام الشافعي هنا بوجوب المهر بالخلوة استحسان[1].

والظاهر أن إبن السبكي لما أعتبر المهر في مقابلة البضع لم ير الخلوة مناسبة لوجوب المهر، وعلى أية حال فإن غرضي هنا: أن القياس الخفي هو مثلما سلف ذكره، وعد بعض مسائل الشبه من القياس الخفي لا يضر مسألتنا لأنه ناشيء عن اختلاف الرؤى لأحاد المسائل.

وظهر بما تقدم أن الشبه والقياس الخفي يلتقيان في أمر أخر هو: أن كلا منهما معنيان ظهر تأثيرهما في جنس الحكم وأن كان الشبه ضعيفا.

## المطلب الثاني

## القياس الخفي بين المعنى الخفي والأصل الخفي

أصبح من الواضح تماما أن القياس الخفي هو معنى خفي مستنبط بالعقل، والوصف المستنبط بالعقل لا يكون علة إلا بعد ظهور الاعتبار الشرعي له ، لأن المناسبة وحدها لا تفيد عليه وصف من الأوصاف على ما صرح به علماء الحنفية[2]، و على هذا فإنه لا بد من دليل منفصل، ولا بد من أن يكون المعنى الذي تعلق به القصد في

---

(1) نقله الزركشي عن الخفاف في كتاب الخصال أنظر: البحر المحيط: 95/6.

(2) أنظر التقرير والتحبير: 270.271/3. وصرح به الشاطبي أيضا.

العدول – كالتخفيف في وصف المسح– مضمون الدليل المنفصل[1]، لا منصوصا أو مومأ اليه ، إذ لو كان كذلك لما كان ذلك المعنى خفياً على ما مر ذكره ، ولما كان هنالك قياس أصلاً، لأن من شرط القياس عدم وجود النص والإجماع، فعلى هذا لا بد من وجود تفاوت من حيث الصورة–مع الأتفاق في المعنى الخفي المؤثر[2] – بين الوصف في موضع الإستحسان، وبين الوصف في الأصل الشاهد ، وحيث كان المعنى المذكور مضمون الشاهد كان ذلك الشاهد خفياً غير متبادر إلى الذهن ، أو بعبارة أخرى لما كان التفاوت موجودا من حيث الصورة بين الوصف في موضع الإستحسان وبين الوصف في الأصل الشاهد كان ذلك الأصل خفيا غير متبادر.

وبهذا نجد أن المعنى الخفي يستلزم وجود أصل خفي وذلك في كل استحسان ثابت بغير النص والإجماع[3] ولما كان المراد بالضرورة (النازل الذي لا مدفع له)[4]، فصل جمهور الحنفية بين الضرورة وبين القياس الخفي لأن موضع الضرورة هذه منصوص أو مجمع عليه[5]،

---

([1]) فالتخفيف هو مضمون مسح الخف, والجورب, والتيمم وليس منصوصا ولا مجمعا عليه.

([2]) راجع كلام السمرقندي: في وجه رفضهم للشبه. ففيه تصريح بهذا الخصوص.

([3]) فدليل الإستحسان فيهما وارد في نفس موضع أطراد القياس كالسلم ي موضع منع بيع ما ليس بموجود فهما ظاهران, والمراد بالظهور هو وروده في نفس موضع أطراد القياس.

([4]) وهذا ظاهر من تعريف الحنفية للضرورة, ومن الأمثلة التي ذكروها لاستحسان الضرورة, أنظر التعريفات : حرف الضاد.

([5]) قال السرخسي: موضع الضرورة منصوص أو مجمع عليه, أنظر أصوله: 213/1

فالضرورة واضحة بنفسها، وكذا دليلها، فتتبادر الى الذهن، على أن هنالك تفصيلاً بشأن الضرورة أذكره لاحقاً.

وإذا عرفنا هذا فحينئذ استطيع القول بأن الحنفية لما عبروا عن القياس الخفي بـ (ما) لا يتبادر اليه الذهن إلا بعد التأمل أرادوا بذلك أمرين معاً:

الأول : المعنى الخفي نفسه.

الثاني : الأصل الخفي الشاهد.

وبهذا ظهرت الموافقة بين القياس الجلي والقياس الخفي .

ومن أمثلة ما تقدم :

إن الانتفاع معنى مستنبط من (الوقف) والأجارة التي ذكرت على اعتبار أنها المقيس عليها- بخصوص الحقوق الارتفاقية في الوقف بدون التنصيص عليه- مختلفة عن الوقف ، فالاجارة عقد ، وليس الوقف كذلك ، ومن هنا كانت الصورة مختلفة ، فالاشتراك إنما هو في (الانتفاع) الذي هو مضمون - أثر- كل منهما ، بل أن هنالك أختلافا بينهما بهذا الخصوص أيضا، فإن المنفعة في الأجارة في مقابلة مال، والوقف تبرع ، فمحل الالتقاء هو (مطلق الانتفاع) وربما كان ذلك وجها أخر من أوجه الصلة بين الشبه والقياس الخفي حيث أن المصلحة في الشبه - على ما مر ذكره- مطلقة وكذلك في القياس الخفي.

وتجدر الأشارة الى أن هذا الاختلاف في الصورة مع الاتفاق في المعنى نص عليه السمرقندي حيث قال:

(لا بد من وجود نوع من التفاوت بين الوصف في الأصل – الشاهد – وبين الوصف في الفرع – موضع الإستحسان – لأنه إذا كان مثله من كل وجه كان الوصف علة بالنص لا بالاستدلال)[1].

وعلى هذا فإن من الممكن القول ، بأن الإستحسان: عدول عن الحكم بمقتضى شبه صوري الى شبه معنوي. أي: هو عدول عن الحكم الذي يقتضيه المعنى المتبادر الى الذهن باديء النظر في المسألة المعروضة لاندراجها بظاهرها ضمن ظاهر نص[2]، أو قاعدة عامة[3]، أو أصل مستنبط[4] ، إلى ما يقتضيه معنى خفي تختص به تلك المسألة، كان إدراكه بحاجة الى التأمل لخفائه ودقته ، وقد ظهر الأعتبار الشرعي لهذا المعنى ضمن أصل أو أصول عدة.

ويتبين بذلك أن المعدول اليه هو ذلك المعنى الخفي ولكن ظهر الاعتبار لهذا المعنى في محل أو محال أخرى–هي بمثابة مقيس عليها– ومعنى ذلك:

إن الحكم المستحسن قد أثبت بعملية قياسية مستقلة ، لأن ذلك المعنى الخفي في موضع الإستحسان هو بمثابة مقيس والمحل والمحال الأخرى المتضمنة لذلك المعنى تكون بمثابة مقيس عليه[5]، ولهذا قال

---

([1]) أنظر: ميزان الأصول: 848/2.

([2]) كمثالي السرقة والارتداد.

([3]) كما في وقف المحجور أنه لا يجوز

([4]) كالجهالة على اعتبارها علة فساد العقد.

([5]) أو يقال: أن المعنى الخفي أحال ذهن المجتهد بعد التأمل الى أصول متضمنة لذلك المعنى في محال أخرى

الزركشي أن الإستحسان نوع قياس[1]، وأنما قال نوع قياس–على ما أرى– لبعد الصورة بين موضع الإستحسان –المقيس– وبين الأصل الشاهد (المقيس عليه). مع الاتفاق في المعنى الخفي المؤثر.

وتجب الأشارة هنا الى أن الحنفية لا يذكرون الأصل الشاهد في بعض المسائل الإستحسانية ، بل يكتفون بالاستدلال على انتفاء المعنى المقصود شرعا وعقلا بالقياس الذي تركوه، ومن ذلك مثال الارتداد السابق ، حيث اكتفوا بالقول بأن محل القصد في النص هو: الرجوع عن الأسلام ، وهذا منتف في ذلك الشخص لأن الأكراه السابق دل على أنه لم يدخل في الاسلام ابتداء لا أنه أسلم ثم تراجع وارتد.

وهنا نجد أن القياس الخفي أطلق على المعنى الخفي نفسه وهو المعنى المستنبط من لفظ (المرتد) والذي هو (الرجوع عن الاسلام ).

لكن ذلك لا يعني عدم وجود شاهد، فالسرخسي صرح بأن الأصل قد لا يذكر لوضوحه[2]. والظاهر أن الأصل الشاهد– أي المقيس عليه – هنا هو:

غير المسلم عندما يصدر منه قول أو فعل يعد ارتدادا بحق المسلم.

وبعد هذا أذكر مثالين أصور من خلالهما خلاصة ما تقدم بيانه بشأن القياس الجلي والقياس الخفي.

المثال الأول: (مسألة سؤر سباع الطير):

---

(1) أنظر: البحر المحيط: 93/6.

(2) أنظر: أصوله: 190/2.

يجد المجتهد نفسه في هذه المسألة أمام ما يأتي:

أولاً. ظاهر المسألة ، يحيل ذهنه الى سؤر سباع البهائم[1]،ومن ثم الى الحكم بتحريم التناول او الأستعمال.

ثانياً. باطن المسألة ، و يحيل ذهنه الى الحكم بالطهارة ، ومن ثم الى الشاهد الشرعي.

وبيان ذلك:

إن ظاهر المسألة ويحيل ذهنه الى سؤر سباع البهائم لوجود الشبه الصوري بينهما، إذ أن لحم كل منهما مما لا يؤكل وهذا يعني نجاسته[2] ولما كان اللحم نجسا كان المتولد منه نجسا أيضاً ، وعلى هذا يكون السؤر نجساً (لإختلاط اللعاب النجس) والذي جعل علة لمعنى وهو دفع النجاسة – دفع الضرر– ولكن بعد التأمل يجد المجتهد أن مسألته فيما تخص سباع الطير تختص بمعنى دقيق وهو عدم اختلاط لعابها بالسؤر لوجود المنقار الذي هو عظم جاف والذي يمنع حصول ذلك الاختلاط .

وحيث ثبت عدم حصول الاختلاط كان الحكم بالطهارة ، وهنا اضطرب كلام علماء الحنفية بشأن الشاهد الشرعي– المقيس عليه –.

فبعضهم إقتصرفقط على القول: بأن العظم يكون طاهراً من الميت فأولى أن يكون طاهرا بالنسبة الى الحي[3].

---

([1]) أو يقال :لما كان الحكم بنجاسة سؤر سباع البهائم وكانت سباع الطير مثلها يتبادر الى ذهن المجتهد الحكم بالنجاسة،ولافرق بين هذا وذلك فبيان الاحالةهو المقصود.

([2]) أنظر: تفاصيل كلام علماء الحنفية في نوع هذه النجاسة في كشف الأسرار على أصول البزدوي: 6/4 وما بعدها .

([3]) تقدم ذكر ذلك اثناء عرض المثال.

وبعضهم قال أن السؤر طاهر قياسا على سؤر الأدمي بجامع أن كلا منهما غير مأكول اللحم، وإن كان حرمة أكل لحم الآدمي للكرامة، وحرمة أكل لحم سباع الطير للنجاسة[1].

أقول: الحكم في قياس تعلق بمعنى هو حصول النجاسة (اختلاط اللعاب) دفعا للنجاسة، وقد أنعدم الاختلاط فانعدمت النجاسة فانعدم الحكم بالتالي، وقد دل المنقار على انعدام الاختلاط.

فالحكم في القياس كان لحكمة وهي دفع النجاسة.

والحكم في الإستحسان كان لحكمة وهي الامتناع عن اثبات حكم في غير موضعه ، ولا يخفى ترتب المصلحة على ذلك ، وهي في هذا المثال ، نوع من التخفيف، وهذا يلاحظ في سؤر الأدمي ، ولعل هذا هو المعنى الجامع بين الحكم المستحسن وبين سؤر الآدمي الشاهد- المقيس عليه-.

المثال الثاني . مسألة الارتداد :

يجد المجتهد نفسه فى هذة المسالة أمام ما يأتى :

أولاً : ظاهر المسألة ، وهو يحيل ذهنه الى ظاهر النص الوارد ومن ثم الى الحكم الذي هو : القتل .

ثانياً : باطن المسألة (المعنى الدقيق المستنبط)، وهو يحيل ذهنه الى الحكم بعدم القتل ومن ثم الى الشاهد الشرعي.

وبيان ذلك:

---

([1]) انظر: التقرير والتحبير: 223/3.

أن وقوع الإرتداد – صورة – من ذلك الشخص أحال ذهن المجتهد الى النص القاضي بالقتل . ولكن بعد التأمل وجد المجتهد أن مسألته هذه تختص بمعنى دقيق يقتضي عدم قتل ذلك الشخص، و وجه عدم القتل هو ما يأتي:

**أولاً. بخصوص النص– باطنه– :**

أن المعنى المستنبط من النص هو أن القتل أنما يجب بحق من رجع عن الاسلام.

**ثانياً. بخصوص المسألة – باطنها – :**

إن المعنى المستنبط الدقيق الذي يختص به مسألته هو: أن ذلك الشخص لم يكن راجعاً عن الاسلام بما قال أو فعل ، بل كان ذلك أظهاراً لحقيقة معتقده الذي أخفاه تحت ضغط الإكراه ، وبهذا فإنه لا يعد مرتداً ، أي إنه لم يدخل في الإسلام إبتداءا ، حتى يعد فعله أو نطقه بما هو كفر رجوعاً .

والشاهد الشرعي وإن لم يذكره الحنفية– في حدود المصادر المتوفرة– إلا إن الظاهر: أنهم قاسوا الحكم على غير المسلم الذي يفعل أو ينطق بما يعد كفرا بالنسبة الى المسلم.

أقول : ولا يخفى ما للفظة (المرتد) أو (التبديل) من موقع في الحكم الإستحساني، كما لا يخفى أن هذا الحكم ترتب عليه مصلحة هي حفظ حياة ذلك الشخص، وإذا صح كون غير المسلم هو المقيس عليه فإن الجامع حينئذ يكون مطلق المصلحة الذي هو حفظ الحياة ، فإن الحكم بعدم قتل غير المسلم – غير المحارب – يعني حفظ حياته.

المثال الثالث: عدم إقامة حد السرقة عام المجاعة:

إن ظاهر المسألة أحال ذهن المجتهد الى ظاهر النص القاضي بقطع يد السارق ، وهو قوله تعالى:

(والسارق والسارقة فأقطعوا أيديهما)[1].

ولكن بعد التأمل وجد المجتهد أن مسألته تختص بمعنى يقتضي عدم إقامة حد السرقة على ذلك الشخص ، وهذا المعنى هو (الجوع الذي يؤدي الى الهلاك)، أي هو الإضطرار .

وهذا المعنى أحال ذهن المجتهد الى النصوص الواردة في إباحة المحرمات للضرورة، كإباحة أكل الميتة وما أشبه ذلك.

ولا يخفى إن حفظ الحياة هو الباعث على العدول وهو مصلحة، والفرق بين هذه المصلحة وبين المصلحة في المثالين المتقدمين ولا سيما الثاني منهما : إن المصلحة في هذا المثال ، هي الباعث على العدول ، وليست كذلك في المثالين المتقدمين أو بعبارة أخرى أن المعنى الذي تعلق به القصد في النص والقياس في المثالين المتقدمين كان منعدما في موضع الإستحسان ، فالنجاسة غير موجودة في المثال الأول، والرجوع عن الاسلام غير حاصل في المثال الثاني ، أما في الثالث فإنه موجود لأن المعنى الذي به تعلق قطع يد السارق هو حفظ أموال الناس ، وقد سرق ذلك الشخص المال، غير أن حفظ النفس مقدم شرعا على حفظ المال وهنا سقط معنى القياس في مقابلة معنى الإستحسان ، وبهذا

---

([1]) سورة المائدة : 38 .

الاعتبار يمكن القول بأن انعدام الحكم هنا هو لإنعدام علة القياس وعليه فإنه لايبقى فرق بين القياس الخفي وبين إستحسان الضرورة الذي فصل بينهما جمهور الحنفية . وعليه فلا يبقى فرق بين القياس الخفي وبين استحسان الضرورة، اللذين فصل بينهما جمهور الحنفية.

ويمكن تكييف هذه المسألة بصورة أخرى يظهر فيها ما تقدم ذكره بشكل أوضح.

وذلك بأن يقال:

لما وردت نصوص عدة صريحة وقاطعة في سقوط المؤاخذة بالضرورة كإباحة الميتة للمضطر، وإباحة النطق بكلمة الكفر عند الإكراه كان ذلك بيانا وتوضيحا وتفسيرا لعموم آية السرقة بأن يقال أن الآية واردة في ( كل سرقة حصلت بدون ما ضرورة)[1].

وحينئذٍ يكيف المثال بالتكييف الذي مر ذكره بشأن المثالين المتقدمين . وعلى هذا الأساس يكون الإستحسان في جميع صوره قولا بانعدام الحكم لانعدام العلة ، أي المعنى الذي تعلق به القصد في المعدول عنه .

ولعل فصل جمهور الحنفية بين استحسان الضرورة والقياس الخفي هو لظهور المصلحة الضرورية بحد ذاتها، ولظهور اعتبارها شرعاً.

وبعد هذا أقول:

---

(1) وسيأتي تفصيل حقيقة هذا التكييف في الفصل الرابع.

القياس الخفي هو معنى خفي وهو الحكمة التي هي مقاصد الشارع والتي هي ذاتها مصالح للانسان، فإن المقاصد والمصالح أمران متحدان بالذات ومتغايران بالاعتبار.

وإذا كان القياس الخفي كذلك: فإنه قد يحتويه نص بعينه، وقد يحتويه إجماع ، على ان النص والإجماع مشتملان على الحكمة قطعا علمنا وجه الحكمة أم لا، غير أن الذي يظهر من تتبع المسائل الإستحسانية المستندة اليهما أن وجه الحكمة مما يعرف ، وبهذا الإعتبار يمكن القول بشمول القياس الخفي للنص والإجماع أيضاً ، وأعني بما تقدم ان الإستحسان رجوع إلى (ما علم من قصد الشارع) أما بنص بعينه وأما باجماع وأما عن طريق استنباط المعاني المودعة في الأحكام المنصوصة وهذه المعاني المودعة المستنبطة قد يكشف عنها العرف في موضع الإستحسان، وقد يكشف عنها قلة الشيء ونزارته.

والواقع أن العرف في المسائل الإستحسانية يقع موقع المنقار من مثال سؤر سباع الطير فكما أن المنقار دل على عدم تنجس السؤر باللعاب فإن العرف يكون دالاً على إنعدام المعنى الذي تعلق به القصد في القياس ،وقد يكون امارة دالة على نية الحالف ، وقد يكون أمارة دالة على عدم وقوع النزاع في بعض العقود التي تحتوي على الجهالة، وفي الوقت نفسه يكون إمارة دالة على وقوع الحرج فيما لوتم التمسك بالقياس في موضعه. ومثل ماقلنا في العرف يقال في استحسان اغتفار اليسير .

وأما استحسان المصلحة ، فإنه شامل لجميع أنواع الإستحسان فيما إذا أريد بالمصلحة ما يترتب على الحكم المستحسن ، وإن أريد

بالمصلحة: الباعثة على العدول فإن استحسان الضرورة يندرج ضمنها لأن المعنى (المعين) الذي تعلق به القصد موجود في موضع الإستحسان حقيقة غير أنه يسقط بوجود ما هو أقوى منه.

لكن لفظ المصلحة يجعلني أميل الى تفسيرها بالمصالح الحاجية التي لا تصل مرتبة الضرورة، وعلى كل حال فإن استحسان المصلحة مسائلها مترددة بين ما هو من قبيل المثالين الأول والثاني، وبين ما هو من قبيل المثال الثالث الذي تقدم ذكره ، ولعل هذا التردد بالنسبة الى الانواع المذكورة هو الذي حدا بجمهورالحنفية الى الاكتفاء بذكر الإستحسان بالقياس الخفي، واستحسان الضرورة.

وحاصل الكلام أن القياس الخفي هو مقصد الشارع، وهو شامل لجميع أنواع الإستحسان حقيقة غير أن النص والإجماع ليسا من القياس كما هو معلوم فهما ظاهران وذكر الضرورة معهما ليس إلا لظهور المصالح الضرورية وظهور أدلة أعتبارها في الشرع وإلا فهي قياس، وسأبين كل ما تقدم مع الأمثلة في الفصل الرابع من هذا الباب وفي الفصل الثاني من الباب الثاني، كما يأتي ذكر جوانب منه في مواضع متفرقة أخرى تبعا لما يقتضيه سوق الكلام.

وأختتم الكلام هنا بالقول:

إذا كان القياس الجلي المعارض للقياس الخفي شاملا لظاهر نص، فإن هذا يعني أن القياس الخفي شامل للمعنى المودع في النص. وبالتالي يكون شاملا لجميع ما يطلق عليه أنواع الإستحسان بحسب وجه العدول ومستنده.

# الفصل الثالث
# الباعث على العدول من القياس الى الإستحسان
# (وجه العدول)

وفيه مبحثان:

المبحث الاول: أقسام التعارض والترجيح بين القياس والإستحسان

المبحث الثاني: الباعث على العدول من القياس الىالإستحسان (وجه العدول)

تمهيد :

الإستحسان أنواع تبعا للمقتضي الشرعي ، وهذا المقتضي قد يكون نصاً، وقد يكون إجماعا، وقد يكون قياساً على أحد هذين، فالمعدول عنه في الأول هو النص، وفي الثاني إجماع ، وأما في الثالث فهو في حقيقة الأمر: المعاني المستنبطة من النص، وهذه المعاني المستنبطة هي المقصودة بالقياس على ما نص عليه غير واحد من الحنفية والمالكية، بل ان تلك المعاني هي المقصودة بالقياس الخفي ، ولقد تظاهرت أقوال الأصوليين على أن القياس الخفي: علة مستنبطة، وهذا الكلام من الأصوليين كاف في معرفة وجه الخفاء.

والواقع أن هذا القياس الخفي هو نفسه الباعث على العدول، ودرجي له في الفصل السابق لم يكن إلا للحفاظ على التقابل المستمر بينه وبين القياس الجلي ، هذا فضلا على أشتراكه مع المعدول عنه من حيث إطلاق لفظ القياس عليه ، ولقد كان بيان حقيقة المراد بالقياس محور الكلام في الفصل السابق هو الممهد لما أذكره في هذا الفصل، والذي يليه.

وبعد هذا أقول :

إن الباعث على العدول هو المرجح نفسه في التعارض بين القياس والإستحسان والكلام بشان هذا المرجح لا بد من أن يسبقه الكلام

عن التعارض نفسه ومن هنا فإني أقسم الكلام في هذا الفصل على مبحثين :

المبحث الأول: أقسام التعارض والترجيح بين القياس والإستحسان.

المبحث الثاني: حقيقة الباعث على العدول أو المرجح في التعارض- وجه العدول.

# المبحث الأول

## أقسام التعارض والترجيح بين القياس والإستحسان

يتضمن هذا المبحث مطلبين:

المطلب الأول: أقسام التعارض والترجيح بين القياس والإستحسان.
المطلب الثاني: وجه تسمية القياس الخفي بالإستحسان.

## المطلب الأول

## أقسام التعارض والترجيح بين القياس والإستحسان

إن التعارض والترجيح[1] هنا أنما هو بيان قياسين لا بين قياس ونص ولا بينه وبين أجماع أو ضرورة، وذلك لأن هذه الأدلة أقوى من القياس ومتى وجدت سقط القياس في مقابلتها، لأن الضعيف في معارضة القوى معدوم حكما، فهذا ما قاله بعض الأصوليين من الحنفية عند الكلام على التعارض والترجيح بين القياس والإستحسان[2].

والذي يبدو لي أن السبب في أخراجهم الأدلة المذكورة هو كون التعارض هنا حاصلا بين أصل ظاهر ومعنى خفي أدرك بالتأمل العقلي، ومن ثم ظهر أعتباره من خلال مضمون أصل أو أصول عدة، وبذلك كان تعارضاً بين قياس ظاهر متبادر الى الذهن وبين قياس خفي غير متبادر ، وأما النص والإجماع والضرورة فهي أصول ظاهرة متبادرة، فالنص دليل ظاهر لفظي، وكذا الإجماع، وأما الضرورة فهي أيضاً بمثابة المذكور لفظاً ، لأن الضرورة ظاهرة بنفسها، وكذا الأدلة الواردة في أعتبارها،

---

([1]) الترجيح هو تقديم أحد طريقي الحكم لاختصاصه بقوة في الدلالة , فهو بذلك يكون بعد المعارضة. أنظر: شرح مختصر الروضة: 673/3, 676. والتوضيح: 103/2.

([2]) أنظر: مثلا:كشف الأسرار على أصول البزدوي: 2/4, وأصول السرخسي/ 213/2, والمبسوط: 145/10.

وحاصل الكلام أن الإستحسان هنا ليس ثابتا بالنص أو بالإجماع، أو بالضرورة[1]،وبعد هذا أذكر أقسام التعارض والترجيح المرادة هنا ، فأقول :

ذكر البزدوي تقسيما للتعارض والترجيح بين القياس والإستحسان باعتبار الصحة والفساد والقوة والضعف، ثم جاء بعده صدر الشريعة وأضاف الى التقسيم المذكور أقساما أخرى، والذي يفيدنا هو تقسيم البزدوي لأنه تقسيم موضح بالأمثلة، ولهذا أذكره أولا ثم أعقبه بما زاده صدر الشريعة على هذه الأقسام.

وقبل ذكر التقسيم المشار اليه لا بد من ملاحظة الأمور الأتية:

اولاً. إن القياس الخالي عن معارضة الإستحسان خارج عن هذا التقسيم.

ثانياً. يراد بإطلاق لفظ القياس هنا: القياس الجلي، وبالإستحسان القياس الخفي.

ثالثاً. المراد بظهور الصحة في الإستحسان هو ظهورها بالنسبة الى فساد الخفي، ولا ينافي هذا خفاؤها بالنسبة الى ما يقابله من القياس.

رابعاً. المراد بخفاء الصحة في القياس الجلي هو: خفاؤها بأن ينضم الى وجه القياس معنى دقيق يورثه قوة ورجحانا على وجه الإستحسان.

خامساً.أن الصحة تقارب الأثر، والضعف يقارب الفساد[2] ويظهر من كلام الأصوليين أنهما بمعنى واحد[3].

---

([1]) وسيأتي في كلام الأصوليين لاحقا ما يؤكد أندراج الضرورة في القياس الخفي, لكن لما صرح عبدالعزيز البخاري بإخراج الضرورة آثرت درج كلامه هنا على أني لم أجد في حدود علمي من يصرح بإخراج الضرورة من هذا التقسيم فيما عدا عبدالعزيز البخاري.

([2]) أنظر: التوضيح والتلويح: 82/2, وكشف الأسرار على أصول البزدوي: 2/4.

([3]) أنظر: التلويح: 84/2.

**أولاً. تقسيم البزدوي**

التقسيم الأول ، بأعتبار الضعف والفساد والصحة والقوة[1].

ينقسم القياس والإستحسان بحسب الإعتبار المذكورعلى ما يأتي:

1. استحسان قوى الأثر في مقابلة قياس ضعيف الأثر.
2. استحسان صحيح الظاهر خفي الفساد، في مقابلة قياس ظهر فساده وخفيت صحته.

فكل من القياس والإستحسان نوعان:

**أولاً. نوعا القياس :**

1. قياس ضعيف الأثر بالنسبة الى استحسان قوي الأثر.
2. قياس ظاهر الفساد خفي الصحة، بالنسبة الى استحسان صحيح الظاهر خفي الفساد.

---

([1]) أنظر لهذا التقسيم أمثلته: التوضيح والتلويح: الأشارة نفسها وما بعدها, وكشف الأسرار: نفس الأشارة, وأيضا ص 6 وما بعدها, والتقرير والتحبير: 223/3, ومنه أخذت تفصيل مثال سؤر السباع.

**ثانياً. نوعا الإستحسان :**

1. استحسان قوي الأثر.
2. استحسان صحيح الظاهر خفي الفساد.

والترجيح هنا يكون بأعتبار قوة الأثر لا بالخفاء والظهور، وعليه: فهناك حالتان:

الحالة الأولى: ترجيح الإستحسان القوي الاثر على القياس الجلي الضعيف الأثر.

وقد مثلت مصادرالحنفية – في حدود ما أطلعت عليه– بسؤر سباع الطير ، وهو: أن سؤر سباع الطير كالصقر والبازي نجس قياسا على: سؤر سباع البهائم كالأسد والنمر، بجامع وهو نجاسة اللحم.

وهذا المعنى ظاهر الأثر، ثم لما أستويا في هذا المعنى استويا في أثره وهو نجاسة السؤر.

وأما في الإستحسان: فإن سؤرها طاهر قياسا على: سؤر الأدمي. بجامع أن كلا منهما غير مأكول اللحم ، وأن كان حرمة أكل لحم الآدمي للكرامة وحرمة أكل لحم سباع الطير للنجاسة.

ووجه ترجيح الإستحسان(القياس الخفي) على القياس هو ضعف أثر القياس أي: ضعف مؤثر حكمه الذي هو نجاسة السؤر، ومؤثره هو:

مخالطة اللعاب النجس للماء في سؤر سباع البهائم، لأنه متولد من لحمها، وهي تشرب بلسانها وهو رطب، فينفصل منه شيء عادة في الماء.

ووجه الضعف هو: أنتفاء هذا المؤثر في سؤر سباع الطير، إذ أنها تشرب بمنقارها، وهو عظم جاف ولا رطوبة فيه، وإذ كان طاهراً من الميت فمن الحي أولى ، ثم أنها تأخذ الماء بمنقارها وتبتلعه ولا ينفصل شيء من لعابها في الماء، فانتفت علة النجاسة، وهي مخالطة النجاسة للماء في سؤرها فكان طاهراً كسؤر الآدمي.

وقبل الانتقال الى الفقرة الآخرى أرى أن أسجل هنا بعض الملاحظات:

أولاً. ظهر بوضوح من هذا المثال : أن المقصود بالمؤثر هو المعنى الذي تعلق به القصد بالحكم.

ثانياً. تبين أن المؤثر في نجاسة سباع الطير هو (اختلاط اللعاب النجس) المؤثر في طهارة سؤر سباع الطير و الذي هو مقتضى الإستحسان: (عدم اختلاط اللعاب) ،وهنا حصلت المفارقة، وتعريفها:

(أن يوجد في الأصل وصف له مدخل في العلية لا يوجد في الفرع)[1].

فالذي له مدخل في العلية (بل المؤثر وحده) هو اختلاط اللعاب النجس في الأصل (سبع البهائم) . ولا يوجد في الفرع (سباع الطير).

وبهذا فإن القياس الخفي هو :أدراك[2] المؤثر الخفي في الأصل والفرع معا، لأن إدراك عدم وجود الإختلاط في سباع الطير هو ثمرة

---

([1]) أنظر: التلويح: 89/2.

([2]) الأدراك أمر ذهني: لا يتعارض مع ما ذكرت من أن القياس الخفي هو المعنى الخفي.

إدراك وجود الاختلاط المذكور في الأصل.

وعليه فإن الاصل داخل أيضا بمعناه على إعتبار الاتفاق في المعنى، وقد سبق القول بأن القياس الخفي شامل للمعنى الخفي والأصل الخفي- المتضمن لذلك المعنى-.

ثالثاً. أن الحكم انعدم لانعدام العلة.

رابعاً.إن السبب في إيراد هذا المثال من قبل علماء الحنفية هو لوضوح إنعدام العلة فيه.

الحالة الثانية: القياس الذي ظهر فساده وخفيت صحته على ما يقابله من الإستحسان الذي ظهرت صحته وخفي فساده[1].

وفسروا ذلك : بأن الإستحسان هنا أقوى من القياس وحده، ولكن انضم الى القياس معنى دقيق ورثه قوة ورجحانا على وجه مقابلة الذي هو الإستحسان[2]، ويظهر من الأمثلة التي ذكروها لهذه الحالة – وهي نادرة الوقوع – إن هذا المعنى الدقيق هو تحقيق مصلحة ومن ذلك.

إذا أختلف المتبايعان في ذراع المسلم فيه[3].

قالوا : في القياس يتحالفان.

وفي الإستحسان: القول قول المسلم اليه.

قال السرخسي في وجه القياس والإستحسان.

وجه القياس:

---

([1]) المصادر المؤثرة في الحالة الأولى نفسها.

([2]) أنظر: التقرير والتحبير: 223/3.

([3]) أنظر: أصول السرخسي: 2/205-206, وكشف الأسرار على أصول البزدوي: 10/4. والتوضيح : 2/82-83, وبدائع الصنائع: 156/5.

أنهما اختلفا في المستحق بعقد المسلم وذلك يوجب التحالف.

وجه الإستحسان:

إن المسلم فيه مبيع، فالاختلاف فيه لا يكون اختلافا في أصله بل في صفته من حيث الطول والسعة، وذلك لا يوجب التحالف، كالاختلاف في ذراع الثوب المبيع بعينه.

ثم قال في أثر القياس أنه مستتر ولكنه قوي، من حيث أن عقد السلم أنما يعقد بالأوصاف المذكورة لا بالاشارة الى العين فكان الموصوف بأنه خمس في سبع غير الموصوف بأنه أربع في ستة فبهذا يتبين أن الاختلاف هنا في أصل المستحق بالعقد فأخذنا بالقياس لهذا.

أي: قطعا لدابر النزاع، وهو المعنى الدقيق على ما يظهر من كلام السرخسي، ويبدو لي أن السلم هنا قد جعل أصلا مستقلا بنفسه وإلا فإن المعهود من مسلك الحنفية في المسائل الإستحسانية كان يقتضي بأن يكون القياس عدم وجوب التحالف لأن المسلم فيه مبيع والاختلاف في ذراع المبيع لا يوجب التحالف، وبأن يكون الإستحسان : وجوب التحالف والتراد، لأن الاختلاف في ذراع المسلم فيه هو بمنزلة الاختلاف في جنس المبيع لأنه يتعلق به الغرض. .....الخ مما ذكر في أثر القياس.

ولكي يتوضح المراد بقوة الأثر اكثر أورد المثال الآتي وقد أخذ فيه بالقياس في مقابلة الإستحسان.

قال أبو يوسف: (لو أن رجلا حلف أن لا يبيع هذا الثوب بعشرة لآخرحتى يزيده، ثم باعه بتسعة، ففي القياس لا يحنث، وفي الإستحسان يحنث، وبالقياس آخذ).

ووجه القياس: أن شرط حنثه البيع بعشرة وما باع بعشرة بل بتسعة.

ووجه الإستحسان: ان المراد من هذا الكلام في العرف ألا يبيعه إلا بأكثر من عشرة وقد باعه لا بأكثر من عشرة فيحنث)[1].

والظاهر أنه رأى أن العرف وأن دل على ما ذكره إلا أن احتمال عدم أرادته ذلك وارد، فكان التخفيف مرجحا، وهو الأكثر كما هو واضح.

**ثانياً. تقسيم صدر الشريعة :**

وهو التقسيم العقلي الثاني الممكن للتعارض والترجيح بين القياس والإستحسان باعتبار القوة والضعف وباعتبار الصحة والفساد[2].

بعد أن ذكر صدر الشريعة القسمين السابقين قال:

وأعلم أنه لا دليل على انحصار القياس والإستحسان في هذين القسمين وعلى انحصار التعارض بينهما في هذين الوجهين فلهذا أورد الأقسام الممكنة عقلا.

ومما تجب الأشارة اليه أن صدر الشريعة أوصل بهذه التقسيمات الى ستة عشر قسما، دون أن يذكر مثالا واحدا، وسار على نهجه من أتى بعده فأوردوا هذه التقسيمات دون أن يذكروا لها ولو مثالا واحداً[3] مما جعل هذه التقسيمات-على ما وصفها أحد الباحثين- أشبه بمسألة حسابية

---

([1]) أنظر : بدائع الصنائع: 86/3.

([2]) أنظر: التوضيح والتلويح: 83/2-84. التقرير والتحبير: 227/3-228 وفواتح الرحموت والمسلم: 324/2.

([3]) المصادر نفسها.

منها بقاعدة أصولية[1]، ومع ذلك فإنها لا تخلو من فائدة، لذا أذكرها فيما يأتي:

ينقسم القياس والإستحسان تارة بحسب القوة والضعف وتارة بسحب الصحة والفساد كالأتي:

**التقسيم الاول: بحسب قوة الأثر وضعفه**

1. استحسان قوي الأثر في مقابلة قياس قوي الأثر
2. استحسان ضعيف الأثر في مقابلة قياس ضعيف الأثر
3. استحسان قوي الأثر في مقابلة قياس ضعيف الأثر
4. استحسان ضعيف الأثر في مقابلة قياس قوي الأثر

فالإستحسان قوي الاثر يرجح على القياس ضعيف الاثر قطعا.

وفي الثلاثة الباقية يتيقن عدم ترجيح الإستحسان.

وأما ترجيح القياس. ففي الأول والرابع متيقن، وأما في الثاني فإنه يحتمل سقوطهما معا، لضعفهما، أو يعمل بالقياس لظهوره.

أقول: بناءاً على أصلهم: يجب سقوطهما معا ما دامت العلة على مايصرحون به تكون علة بأثرها[2].

قال التفتازاني: والتسمية بالإستحسان في جميع هذه الأقسام آتية باعتبار الخفاء.

قال: إلا انه يشكل بما ذكره فخر الاسلام البزدوي من انه : سمى ما ضعف أثره قياسا وما قوي أثره إستحسانا. وسيأتي بيان ذلك قريبا.

---

([1]) أنظر: تعليل الأحكام: مصدر سابق: 336.

([2]) أنظر مثلا: أصول البزدوي: 10/4.

**التقسيم الثاني: بحسب صحة الظاهر والباطن وفسادهما .**

فإما أن يكون:

1. كل من القياس والإستحسان: صحيح الظاهر والباطن.
2. كل منهما: فاسد الظاهر والباطن.
3. كل منهما: صحيح الظاهر فاسد الباطن.
4. كل من القياس والإستحسان : فاسد الظاهر صحيح الباطن.

فالقياس الصحيح الظاهر والباطن يترجح على جميع اقسام الإستحسان، والقياس الفاسد الظاهر والباطن يكون مردودا بالنسبة للكل.

فتبقى بذلك ثمانية أوجه حاصلة من ضرب أقسام الإستحسان في أخيري القياس فالإستحسان صحيح الظاهر والباطن يرجح على القياس صحيح الظاهر فاسد الباطن وعلى القياس فاسد الظاهر صحيح الباطن.

الثاني يرد مطلقا لفساده ظاهرا وباطنا .

بقيت اربع أوجه حاصلة من ضرب اخيري الإستحسان:

الوجه الاول: تعارض الإستحسان الصحيح الظاهر الفاسد الباطن مع القياس الفاسد الظاهر الصحيح الباطن.

الوجه الثاني: تعارض الإستحسان فاسد الظاهر صحيح الباطن مع القياس صحيح الظاهر فاسد الباطن.

الوجه الثالث: تعارض استحسان صحيح الظاهر فاسد الباطن مع قياس مثله.

الواجه الرابع: تعارض استحسان صحيح الباطن فاسد الظاهر مع قياس مثله.

ثم سمى صدر الشريعة: اتفاق القياس والإستحسان في صحة الظاهر وفساد الباطن باتحاد النوع واختلافهما في ذلك. باختلاف النوع.

ثم قضى برجحان الإستحسان في الوجه الثاني من هذه الأربعة وبرجحان القياس في الصور الثلاث الباقية.

فهذه هي الأقسام الممكنة عقلا، ولقد قلل عدم التمثيل لها من قيمتها.

وتجدر الإشارة الى أن بعض الأصوليين رأى أن المراد بالضعف والفساد واحد وكذا بالقوة والضعف واليه مال التفتازاني وقال: لو صح لكان أحد القسمين مستدركاً[1].

وهنا ينبغي أن أبين بأيجاز ما يقصد بالتعارض بين القياس والإستحسان.

فاقول: موضع تفصيل هذا الأمر هو الفصل الخاص بتكييف الإستحسان ومع ذلك أرى من المناسب أو أوجز الكلام هنا بخصوص هذا التعارض.

نص أكثر من واحد من علماء الحنفية على أنه لا يكون هنالك استحسان إلا مع قياس يعارضه ، وبين هؤلاء إبن الهمام فقد قال:

(لا استحسان إلا معارضا لقياس)[2].

---

(1) التلويح: 84/2.

(2) أنظر: التقرير والتحبير: 225/3, وفواتح الرحموت: 280/2.

وقد صرح بذلك أيضا كثيرون من المالكية والحنابلة، وتعريفاتهم للإستحسان صريحة في ذلك، وحيث ثبت وجود المعارضة أذكر فيما ياتي ما قاله صدر الشريعة في المراد بالتعارض عقب تقسيمه المذكور أنفا.

قال: ( إذا كان الإستحسان على صفة كان القياس على خلاف تلك الصفة، لأن القياس لا يكون صحيحا في نفس الأمر إلا وقد جعل الشرع وصفا من الأوصاف علة للحكم بمعنى: أنه كلما وجد ذلك الوصف مطلقا، أو كلما وجد ذلك الوصف بلا مانع يوجد ذلك الحكم لكنه وجد ذلك الوصف بأحدى الصفتين المذكورتين–مطلقا أو بلا مانع– في الفرع فيوجد ذلك الحكم) وزاد:

(فإن كان القياس بهذه الصفة لا يعارضه قياس صحيح سواء كان جليا او خفيا لأنه لا يمكن أن يجعل الشرع وصفا أخر علة لنقيض ذلك الحكم بالمعنى المذكور. ثم يوجد ذلك الوصف في الفرع، إذ لو كان كذلك يلزم حكم الشرع بالتناقض وهذا محال على الشارع تعالى) ثم قال:

(فعلم أن تعارض قياسين صحيحين في الواقع ممتنع وأنما يقع التعارض لجهلنا بالصحيح والفاسد)[1].

ويلاحظ هنا أنه ذكر قيد (عدم المانع) و (عدم الحرج) صورة منه، وهذا دليل على أن رفع الحرج مراد في الإستحسان الذي هو القياس الخفي، ومن الأمثلة التي أوردها صدر الشريعة لـ(عدم المانع) المثال الآتي:

---

([1]) التوضيح: 2/83–84.

(إن الخارج النجس علة لانتقاض الوضوء مع عدم الحرج فإذا وجد الحرج كما في المستحاضة انعدمت العلة وبالتالي انعدم حكمها)[1].

وعدم الحرج هذا صورة من صور (عدم المانع) على ما سبقت الأشارة اليه.

## المطلب الثاني
## وجه تسمية القياس الخفي بالإستحسان

أختلف علماء الحنفية في وجه إطلاق الإستحسان على القياس الخفي ولهم في ذلك أتجاهات اربعة وهي:

الإتجاه الأول:

---

([1]) المصدر نفسه: 2/88-89.

إطلاق الإستحسان هو بالنظر الى خفائه وعدم تبادره بقطع النظر عن الأثر . وبه قال بعضهم منهم التفتازاني[1] ، فبعد أن ذكر التقسيم الأول من الأقسام العقلية قال:

(وتسمية الإستحسان في جميع هذه الأقسام تكون باعتبار خفائه).

وبعد أن ذكر التقسيم الثاني قال:

(وفي الجميع: يكون القياس جليا بمعنى سبق الافهام اليه، والإستحسان خفيا بالأضافة اليه).

وقد سبقت الأشارة الى أنه مال الى كون التقسيمين بمعنى واحد.

وعلى هذا التفسير لا نظر الى قوة الأثر وضعفه، فكل ما خفي في مقابلة القياس يسمى إستحسانا، قوي الأثر وضعيفه.

الإتجاه الثاني:

سميّ إستحسانا بالنظر الى الخفاء، وقوة الأثر، وضعفه. واليه ذهب بعض الحنفية منهم إبن الهمام وعد هذا : الأمر المصطل ح عليه - أي عند الحنفية - فقال:

(أن الإستحسان المصطلح عليه هو على اعتبار الخفاء فيه وفي أثره وفساده)[2].

وحاصل هذا الاتجاه: أنه مثل سابقه إلا أنهم أدخلوا قوة الأثر أيضا في الاعتبار. ولقد تبين من كلام التفتازاني أنه لا إعتبار لقوة الأثر في التسمية على الإطلاق.

---

([1]) أنظر: التلويح: 84/2.

([2]) أنظر: التقرير والتحبير: 227/3, وفي كلامه : أنه اصطلاح اشارة الى أن التسمية بالإستحسان ليست لما ذكره حقيقة, وأنظر أيضا : فواتح الرحموت: 324/2.

الإتجاه الثالث:

سمي إستحسانا لخفائه وقوة أثره معاً.

وهو الظاهر من كلام بعضهم كالسرخسي، وعبدالعزيز البخاري وغيرهما.

قال السرخسي في المبسوط ما نصه :

(الإستحسان في الحقيقة قياسان: أحدهما جلي ضعيف أثره فسمي قياسا، والثاني خفي قوي أثره فسمي إستحسانا، أي : قياسا مستحسنا)[1] وسأذكر بعد قليل ما قاله عبدالعزيز البخاري.

الإتجاه الرابع:

سمي إستحسانا باعتبار قوة الأثر.

وهو ظاهر كلام البزدوي وآخرين من الحنفية.

فقد نقل إبن أمير الحاج عن بعض الحنفية قولهم:

(لا شيء من نوعي القياس مسمى بما قوي أثره، ولا من نوعي الإستحسان بما ضعف أثره)[2].

ومعناه على ما يبدو لي: أنه متى اطلق الإستحسان فهو قوي الأثر، ومتى أطلق القياس في مقابله فهو قياس ضعيف الأثر.

وبعد هذا أذكر كلام البزدوي بهذا الشأن ، قال:

---

([1]) أنظر: المبسوط: 145/10. وكشف الأسرار على أصول البزدوي: 4/4.

([2]) التقرير والتحبير: الاشارة السابقة.

(ولما صارت العلة عندنا علة بأثرها سمينا الذي ضعف اثرها قياسا وسمينا الذي قوى أثرها إستحسانا، أي قياسا مستحسنا، وقدمنا الثاني – أي الإستحسان – وإن كان خفيا على الأول – الذي هو القياس– وإن كان جليا لأن العبرة لقوة الأثر دون الظهور والجلاء)[1].

وواضح من هذا الكلام أن الخفاء لا اثر له في التسمية.

قال إبن أمير الحاج:

(أن ظاهر هذا يقتضي أن يكون ما ضعف أثره قياسا ظهرأو خفي، وما قوى أثره إستحسانا ظهر أو خفي فيكون كل من القياس والإستحسان نوعا واحدا ضعيف الأثر في الأول، قويه في الثاني).

ولما كان كلام البزدوي لا يستقيم مع الإستحسان المصطلح عليه . على ما ذكر إبن الهمام . قال إبن أمير الحاج، بعد كلامه المذكورأنفا:

(ودفع هذا– أي التوهم – بأن فخر الاسلام قسم كلا منهما –أي القياس والإستحسان – على نوعين بقوله: وكل واحد منهما على وجهين، أما أحد نوعي القياس: ما ضعف أثره، والنوع الثاني ما ظهر فساده و استترت صحته ، وأحد نوعي الإستحسان ما قوي أثره وإن كان خفيا ، والثاني ما ظهر أثره وخفي فساده فعلم منه أن أحد نوعي كل منهما بخلاف النوع الآخر، فالنوع الثاني من القياس ما قوي أثره، ومن الإستحسان ماظهر اثره بقرينة التقابل وظهر منه أن ليس تسمية القياس والإستحسان باعتبار ضعف الأثر وقوته بل بإعتبار خفائه بدليل قوله –

---

([1]) أنظر: أصوله وعليه الكشف: 6/4.

أي البزدوي- : وقدمنا الثاني وإن كان خفيا على الأول وإن كان جليا حيث أعتبر الخفاء في الإستحسان والجلاء في القياس).

وقد حاول آخرون غير إبن الهمام تأويل كلام البزدوي هنا وتأويلاتهم: راجعة الى ما ذكره إبن أمير الحاج[1].

ما أراه في منشأ الاختلاف و وجه التسمية:

الذي يبدو لي أن حقيقة الاختلاف ومنشؤه كالآتي:

هل الإستحسان اسم للمعنى المؤثر أو لأثره؟

أو بعبارة أخرى: هل أن الإستحسان أسم للمعنى المستنبط في كل موضع من مواضع العدول، وشاهده الشرعي، أم أنه اسم للمصلحة الناتجة من العمل بمقتضى ذلك المعنى المستنبط؟

فمن جعله اسما للمعنى المؤثر (المستنبط)[2] قال: الإستحسان أطلق بأعتبار الخفاء.

ومن جعله أسما للأثر نفسه[3] قال: الإستحسان أطلق بإعتبار الأثر – أي المصلحة –.

ومن جعله أسما للمعنى المؤثر وأثره قال: الإستحسان أطلق بإعتبار الخفاء- المعنى المؤثر- ، وقوة الأثر- أي المصلحة ذاتها-.

والسؤال الوارد هنا: ما السبب في هذا الأختلاف؟

---

([1]) أنظر: فواتح الرحموت: الأشارة السابقة.

([2]) أي في موضع الإستحسان كاختلاط النجاسة في سؤر سباع الطير (أي أن النجاسة هي المؤثرة في التحريم).

([3]) أي المصلحة المترتبة من عدم القول بتحريم تناول أو استعمال سؤر سباع الطير, والأثر الأوضح فيما إذا قلنا بحصول الاختلاط فعلا ومن ثم قلنا بعدم النجاسة دفعا للحرج, و واضح من هذين أن الحكمة هي الاثر , أي المصلحة ذاتها.

وجوابا على ذلك أقول:

لما كان لفظ الإستحسان بحد ذاته موهما بالتحسين العقلي، والحنفية قالوا بوجوب العمل بالحكم المستحسن[1]، أضاف الأولون الاسم الى المعنى المؤثر لأنه مستنبط من النص حقيقة ، وعلى هذا يكون الإستحسان إستحسانا شرعيا محضا، ويكون وجوب العمل به وجوبا شرعياً.

وإذا كان ذلك المعنى مستنبطا، فإن ذلك يعني خفاءه، وبالتالي يكون الخفاء هو وجه التسمية.

وأوضح من ذلك أن أقول أن هؤلاء جعلوا الإستحسان إسما لما علم من قصد الشارع عن طريق النظر والتأمل[2].

وأما البزدوي ومن وافقه فإنه رأى – على فرض عدم صحة تأويل إبن أمير الحاج وغيره – أن المعنى وإن كان مستنبطاً من النص، إلاّ أن هذا المعنى لا يراد به إلا تحقيق مصلحة الانسان ، وما دامت المصلحة هي المقصودة للشارع فلا ضير في أن يجعل الإستحسان أسما للمصلحة ذاتها، لانها مصلحة معتبرة شرعاً ، والإستحسان العقلي عند ظهور الاعتبار الشرعي يكون إستحسانا شرعياً وعقلياً في أن واحد.

وأما السرخسي وعبدالعزيز البخاري ، فقد جعلا الإستحسان أسما للإثنين – على ما يبدو– بناء على أن مقاصد الشارع ومصالح الانسان

---

([1]) أنظر: حكم العمل بالقياس المتروك في الفصل الرابع.

([2]) لأن الكلام كما هو معلوم في القياس, بل في القياس الخفي.

أمران متحدان بالذات وأن تغايرا من حيث الأعتبار[1]، فما هو مقصود للشارع – وهو خفي– مصلحة للانسان.

ويمكن توضيح ما تقدم بالقول:

لو فرضنا أن الحنفية قالوا بعدم أقامة حد السرقة على السارق عام المجاعة[2] فتتخرج المسألة كالأتي:

أن خوف الهلاك بسبب الجوع كان هو المؤثر في السرقة، وقد ظهر اعتبار خوف الموت بسبب الجوع في أباحة أكل المحرمات، ولو عملنا بمقتضى ذلك المعنى ترتب على ذلك مصلحة للسارق. وهي بقاء يده.

فهل الجوع أو الأضطرار الذي ظهر اعتبارهما شرعا هو الإستحسان أو المصلحة المتحققة؟

فلو قلنا أن المصلحة المتحققة هي الإستحسان وقلنا بوجوب العمل به لكان ذلك موهما بالقول بوجوب الأصلح على الله (تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً) .

ومعلوم قطعاً أنه لا أحد من علماء الحنفية يقول بذلك، ولا أفصل في هذا أكثر لأن مراد البزدوي والسرخسي بهذا الخصوص يمكن فهمه بوضوح مما تقدم ولكي يتأكد لنا أن السرخسي وعبدالعزيز البخاري أرادا بالإستحسان:

---

([1]) أنظر: أصول الفقه الاسلامي في نسيجه الجديد, للاستاذ الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي: 161/1. وفيه: المقاصد والمصالح أمران متحدان بالذات ومتغايران بالاعتبار.

([2]) لم أجد هذه المسألة في المصادر المتوفرة للحنفية, وقد ذكر أبن قدامة أن هذا هو مذهب الإمام أحمد ولم يذكر موقف غيره ، أنظر :المغنى مع الشرح :289،288/10 .

الإستحسان الشرعي والعقلي مما أذكر فيما يأتي بعضا من نصوص كلامهما مما يدل على ذلك.

يقول السرخسي:

(إن تخصيص أحد الدليلين بالإستحسان هو (لكون العمل به مستحسنا) ولكونه مائلا عن سنن القياس الظاهر فكان هذا الإسم مستعاراً لوجود معنى الاسم –أي الحسن– فيه)[1].

ثم أن كلامه الذي تقدم ذكره حول كون الإستحسان في الحقيقة قياسان...) قد قاله بعد أن عرف الإستحسان بأنه ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس[2]، وفي ذلك أشارة واضحة الى أن الإستحسان عمل بما هو أصلح للناس ، وغرضي من ذلك أن النتيجة مرادة في أطلاق الإستحسان وإن لم يكن يعني هذا بالضرورة يسر وسهولة الحكم المستحسن.

ويقول عبدالعزيز البخاري:

(إن الحنفية وضعوا هذا الاسم – أي الإستحسان– لهذا النوع من الدليل للتمييز بين الدليلين بإعتبار وجود الحسن في أحدهما دون الآخر)[3].

ونجده يقول في معرض التفرقة بين الإستحسان الذي أطلقوه، وبين لفظ (الاستحباب) الذي أطلقه غيرهم مستدلا على رجاحة ما أطلقوه:

---

([1]) أصوله: 201/2.

([2]) المبسوط: 145/10. ذكر تعريف المذكور, وعقب عليه بجمل صريحة في أن الإستحسان أخذ باليسر ثم قال مباشرة, والإستحسان في الحقيقة .......الخ)

([3]) أنظر: كشف الأسرار: 13/4.

(إن الإستحسان هو أقواهما من حيث الدلالة على المقصود إذ المراد بيان حسن ما دل عليه ذلك الدليل وهذا لفظ يدل عليه بوضعه إذ الإستحسان وجدان الشيء وعده حسناً ، فأما الاستحباب فيدل عليه بوضعه على ميلان الطبع الى الشيء والمحبة له وذلك لا يدل على الحسن الذي هو (المقصود لا محالة) فإن الطبع يميل الى ما هو قبيح في (الشرع والعقل) كالزنا وشرب الخمر)[1].

وواضح من كلامه هذا أن المراد بالإستحسان هو الإستحسان العقلي والشرعي ، وواضح من تمثيله بالزنا وشرب الخمر أن هذين (فعلان) مستقبحان (شرعاً وعقلاً) وربما يقول قائل أن تحديد وجه التسمية كان للخفاء بدليل أن القياس الخفي قد يترك مع أنه يسمى إستحسانا ومن هنا لا نظر الى قوة الأثر.

الجواب:

دفع عبدالعزيز البخاري هذا الإشكال وقال:

(إن الإستحسان الذي قد يترك أخفى وأقوى من وجه القياس بالنظر الى نفسهما ألا أنه أنضم الى وجه القياس (معنى أدق) من وجه الإستحسان فقوى به وجه القياس وضعف وجه الإستحسان وفسد، فبالنظر إلى وجهي القياس والإستحسان أولا كان وجه القياس أخفى وأقوى من وجه القياس فصح تسميته إستحسانا)[2]، ثم أن هذا القسم نادر ولا عبرة بالنادر، يقول البزدوي:

---

(1) المصدر نفسه: 4/13-14.

(2) أنظر: كشف الأسرار: 4/3.

(وهذا القسم- أي تقديم القياس على الإستحسان- عز وجوده، فأما القسم الأول فأكثر من أن يحصى)[1].

وأكد النسفي ذلك وقال:

(وهذا قسم عز وجوده، أي: قل، إذ الشيء العزيز يكون قليلا، وأما القسم الأول فأكثر من أن يحصى وأظهر من أن يخفى)[2].

وعلى أية حال فإن الإستحسان أطلق وأريد به الإستحسان العقلي والشرعي، ولا أدل على ذلك كون العقل هو الكاشف فيه.

ومما يدل على رجحان ما ذكرته أن الإمام مالكا أطلق الإستحسان على المصلحة المرسلة سواء عارضها قياس أم لا[3] ، وهذا الإستحسان اطلق عليه إبن رشد (القياس المرسل) في مواضع عديدة ، في كتابه (بداية المجتهد)[4] بأنه عبارة عن تجويز النظر بحسب الأصلح في الشرع[5]، وقد سبق مثال هذا القياس المرسل وهو قياس حالة زوجة المفقود على الايلاء والعنة[6].

فالمعنى المؤثر هنا هو الضرر اللاحق بالمرأة جراء فقدان الزوج، والضرر معلوم هنا.

---

([1]) المصدر نفسه: 10/4.

([2]) أنظر له: كشف الأسرار: 295/2.

([3]) أنظر: أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة: 215. وفيه: أن كلمة الإستحسان في عرف الإمام الشافعي والإمام مالك تشتمل المصلحة المرسلة.

([4]) أنظره: 278/1, 57/2, 110, 291-292 .

([5]) المصدر نفسه: 57/2.

([6]) المصدر نفسه , ولتفصيل المثال: أفراد المعدول عنه.

وتجب الاشارة الى أن القياس الخفي الذي يطلقه جمهور الحنفية شامل لإستحسان الضرورة ورفع الحرج على تفسير أذكره في الفصل الخاص بتكييف الإستحسان، وقد نص عليه بعض الحنفية، ويؤيد ذلك ايضا أن بعض الحنفية كالتفتازاني يذكر نوعا واحدا من الإستحسان بعد استحسان النص والإجماع وهو القياس الخفي، ولا يتعرض لذكر استحسان الضرورة[1].

وعلاوةً على ذلك ، فإن الإمام الشافعي يطلق الإستحسان على (المرسل) ويقول به إذا كان ملائماً وإن كان معارضا بقياس، ويرفض الاحتجاج به إذا كان غريباً. وكذلك إبن قدامة فقد صرح بأن الإستحسان نوعان، نوع معارض بقياس ، ونوع غير معارض بقياس ، وقد نفى حجية الأثنين[2].

وغرضي مما تقدم : بيان أن المصلحة مرادة أيضا بإطلاق الإستحسان لا بيان العلاقة بين الإستحسان والمصلحة المرسلة ، ثم أن ما يأتي لاحقا من الكلام حول المراد بقوة الأثر يقطع الشك في هذه المسألة.

---

([1]) أنظر: التلويح: 82/2 , ومع حاشية الغزي: 3/3, وقد لاحظ ذلك الغزي وقال: لو قال: الضرورة لكان أحسن.

([2]) انظر: المغني مع الشرح: 7/23-24.

## المبحث الثاني

## حقيقة الباعث على العدول أو المرجح في التعارض

الإستحسان عند الحنفية قد يكون بالنص وقد يكون بالإجماع، والباعث على العدول في هذين النوعين هو النص والإجماع، ومع ذلك فإن تتبع المسائل الإستحسانية الثابتة بهما يؤكد أن النص المعدول اليه متضمن لمصلحة معقولة أيضاً ، وكذلك الإجماع ، بل أن أكثر مسائله راجعة الى استحسان الضرورة والعرف العملي ، وأما في الإستحسان الثابت بغير النص والإجماع فإن متعلق النظر فيه الحكمة والمصلحة، أو بعبارة أخرى أن الباعث على العدول هو الحكمة ، ولقد تم التأكيد في أكثر من موضع على أن القياس الخفي في حقيقته هو المعنى الخفي و وجه تسميته بالقياس أنه معنى مستنبط من محل وظهر اعتباره في محل أخر لا بالتنصيص عليه ولا بالايماء اليه، فالمعنى الخفي ، علة ثابتة بالمناسبة، وهذا المعنى الخفي هو المعنى المؤثر.

وإذا ثبت ذلك فإن ما أذكره لا يختص بما ذكره جمهور الحنفية في التعارض والترجيح بين القياس والإستحسان بل يشمل جميع أنواع الإستحسان – ما عدا استحسان النص والإجماع– وعند جميع المذاهب لأن ذلك المعنى الخفي هو الباعث على العدول في كل مسألة استحسانية، وما ذكرت على أنها أنواع الإستحسان ليست في حقيقتها إلا صور للإستحسان وسيأتي بيان ذلك في موضعه.

وعلى الرغم من كون الإستحسان عند جميع القائلين به واحداً في حقيقته وجوهره ألا أن تفصيل الحنفية القول في بيان الحقيقة وضعهم في

موقع الصدارة في هذا البحث ، حيث لم أجد في حدود المصادر المتوفرة من يتعرض لذكر جزئيات الإستحسان مثلما تعرض الحنفية لذكرها ، وإذ لم أجد ذلك ، كان لا بد من الاعتماد على تفاصيل أقوالهم في هذا الموضع شأنه شأن المباحث الأخرى من الرسالة.

وبعد هذا أقول:

المبدأ القائم الثابت عن الحنفية والمالكية بحسب النصوص صريحة لعلمائهم هو أن المنظور اليه بالدرجة الأساس في الأدلة: الحكم والمعاني ، وأن الظواهر وحدها لا أثر لها في أثبات الأحكام الشرعية، وسأذكر فيما يأتي بعضا من صريح أقوالهم بهذا الشأن.

قال النسفي:

(أن العلة عندنا علة بأثرها، فلا رجحان للظاهر لظهوره ولا للباطن لبطونه، وأنما الرجحان لقوة الأثر في مضمونه)[1].

وبمثل ذلك صرح غيره ، ومن ذلك قول إبن الهمام:

(لا ترجيح للخفي لخفائه، ولا للظاهر لظهوره ، بل يرجع في طلب الترجيح الى ما أقترن بهما من المعاني، فمتى قوى الخفي أخذوا به أو الظاهر أخذوا به)[2].

وقال الكاساني:

---

([1]) أنظر له: كشف الأسرار : 2/293-294. ولما هو قريب من ذلك: أصول السرخسي, 2/203. وأصول البزدوي وعليه الكشف: 4/6. والمصادر التالية.

([2]) شرح فتح القدير: 1/388.

(ما ظهر من المعاني فهو قياس وما خفي فهو استحسان، ولا يرجح الخفي لخفائه ولا الظاهر لظهوره، فيرجع في طلب الرجحان الىما اقترن بهما من المعاني)[1].

ولعل من أكثر العبارات صراحة في هذا المجال قول السمرقندي:

(إن أحد القياسين إذا لم يكن مؤثرا فلا يكون حجة، ولهذا عمل أصحابنا بالقياس مرة وبالإستحسان أخرى، ونظروا الى قوة الاثر، لا الى القياس والإستحسان)[2].

وأما بالنسبة الى المالكية فإن تعريف إبن رشد للإستحسان كان صريحا في أن الباعث على طرح القياس والأخذ بالإستحسان الذي عبر عنه في بعض الأحيان بالقياس المرسل هو: المعنى المؤثر[3].

ونخلص من ذلك الى أن المدار في الترجيح أو الباعث على العدول من القياس الى الإستحسان هو قوة الأثر.

ولقد دأب الحنفية على ذكر قوة الأثر مع مرجحات أخرى للتعارض بين الأقيسة ، والسبب في ذلك يعود الى الصلة الشديدة بين قوة الأثر هذه وبين بعض تلك المرجحات الأخرى ، لذلك فإني أرى أن الاقتصار على ذكر قوة الأثر دون سائر المرجحات الأخرى أمر مخل، ولا سيما أن بعضها يعدّ من توابع قوة الأثر بل ومن لوازمها، ومن هنا فإني أذكر قوة الأثر مع هذه المرجحات أولا، ثم اخصصها بالبيان

---

([1]) بدائع الصنائع: 189/1.

([2]) ميزان الأصول: 1028/2-1029. وأيضا: التوضيح: 110/2-111. وسائر مصادر الحنفية.

([3]) أنظر: تعريفه ضمن تعريفات المالكية للإستحسان, في الفصل الأول.

والتفصيل عقب ذلك، ويتطلب منا ذلك أيضا بيان أمور أخرى لا بد من ذكرها ليتسنى لنا الوقوف على جميع الجوانب المتعلقة بالباعث على العدول.

ولهذا فإن هذا المبحث يتضمن أربعة مطالب:

المطلب الأول : الفرق بين ترجيح الإستحسان على القياس وبين سائر ترجيحات الأقيسة.

المطلب الثاني: المقصود بقوة الأثر.

المطلب الثالث: المراد بالحكم.

المطلب الرابع: طبيعة الحكم المستحسن.

## المطلب الأول

## الفرق بين ترجيح القياس على الإستحسان وبين سائر ترجيحات الأقيسة

الترجيح: هو تقديم أحد طريقي الحكم لاختصاصه بقوة في الدلالة[1]. وهو بذلك يكون بعد المعارضة[2].

وقد ذكر الأصوليون حالات وصورا كثيرة لوقوع التعارض بين القياسين وترجيح أحدهما على الأخر، ومن ذلك، تقديم قياس على أخر من جهة أصله بأن يقال: أن حكم الأصل الثابت بالإجماع راجح على الثابت بالنص لعصمة الإجماع من النسخ، أو أن يرجح الأصل الثابت

---

([1]) أنظر: شرح مختصر الروضة: 673/3.

([2]) أنظر: التوضيح: 103/2.

بالقرأن أو تواتر السنة على الثابت بأحادها، وأن حكم الأصل الثابت بمطلق النص يرجح على حكم الأصل الثابت بالقياس، أو أن القياس على أصل لم يخص يرجح على أصل مخصوص، وما الى ذلك.

و من صور الترجيحات أيضا: ترجيح العلة المجمع عليها على غيرها، والمنصوصة على المستنبطة، والثابتة عليتها تواتراً على الثابتة عليتها أحادا، والمناسبة على غيرها..... وهكذا[1].

فهذه كلها لا صلة لها بالترجيح في الإستحسان، لأن المناط في ترجيح الإستحسان على القياس هو قوة الأثر.

ولقد جرت عادة الحنفية بذكر قوة الأثر مع مرجحات ثلاثة أخرى لوجود الصلة بينها وبين تلك المرجحات على ما سبقت الاشارة اليه. وفيما يأتي أبين حقيقة هذه المرجحات وبالرغم من أني أفصل في المراد بقوة الأثر إلا أن ذلك لا يمنع من أن أذكر هنا ما يراد بها بإيجاز، والمرجحات المذكورة هي الأتية:

قوة الأثر، وقوة الثبات على الحكم، وكثرة الأصول ، والعكس[2].

---

([1]) أنظر: شرحخ مختصر الروضة : 713/-714, وشرح تنقيح الفصول: 425 والابهاج : 237/3. وما بعدها, وفواتح الرحموت: 324/2. وما بعدها.

([2]) أنظر: التوضيح والتلويح : 110/2 وما بعدها. وأصول السرخسي: 14/2 وما بعدها, والتقرير والتحبير: 232/3. وما بعدها , وفواتح الرحموت: ومسلم الثبوت: 326/2 وما بعدها.

**أولاً. الترجيح بقوة الأثر**

قال صدر الشريعة وغيره: قوة الأثر تعني: التأثير[1]وعرفه إبن الهمام بأنه: عبارة عن: المعنى الذي من أجله صار الوصف حجة-أي علة-. ثم قال: فمهما قوي قويت، لأن قوة السبب يسبب قوة مسببه، فإذا قوي أثر وصف على وصف أخر زادت قوته على قوته فترجحت حجته على حجته ، لأن زيادة القوة مرجحة فتعين التمسك به وسقط الأخر في مقابلته.

ومن الأمثلة التي ذكروها: ترجيحهم قياس نفي استنان التثليث على قياس استنان التثليث بناء على أن لفظ (المسح) يدل على التخفيف، وقد سبق ذكر هذا المثال في أكثر من موضع نفي وهو الذي مثل به الحنفية لتصوير حقيقة هذه المرجحات.

**ثانياً. الترجيح بقوة الثبات على الحكم**

ويقصد به : اعتبار الشارع الوصف-كالمسح- في جنس الحكم- وهو عدم اشتراط التكرار-.

أي: وجود ذلك الوصف في صور كثيرة ومعه الحكم.

قال إبن أمير الحاج وحاصله:

(أن يكون وصف أحد القياسين الزم للحكم المتعلق به من وصف القياس الأخر، لأن بذلك يزداد قوة لفضل (معناه) الذي صار به حجة، وهو رجوع أثره الى الكتاب أو السنة أوالإجماع المتوقف اعتباره على ثبوته

---

([1]) التوضيح والتقرير والتحبير: نفس الاشارة.

بأحد هذه الأدلة فكان زيادة ثباته على الحكم ثابتة بأحداها ايضا كثبوت أصل الأثر فيترجح على ما لم توجد فيه هذه القوة).

ومما مثلوا به لذلك المسح:

قالوا: أنه مؤثر في التخفيف في كل تطهير غير معقول كالتيمم، ومسح الجبيرة والجورب والخف فلم يشرع فيها التكرار. فله كثرة اعتبار في التخفيف بخلاف الاستنجاء من الحجر، ولقد شرع فيه التكرار، فإنه تطهير معقول قد قصد فيه أزالة الخبث إذ التكرار في التنقية مؤثر، وأما الركنية فأثبت في الاكمال فإن أركان الصلاة من أكمالها، وكذا أركان الحج، وكذا أركان الغسل ، لكن الأكمال مختلف في الغسل بالتكرار، وفي مسح الرأس بالاستيعاب[1].

**ثالثاً. الترجيح بكثرة الأصول**

نصّ بعض الاصوليين من الحنفية كالبزدوي وصدر الشريعة على أن هذا قريب من سابقه، أي من الترجيح بقوة الثبات عل الحكم.

واختلف في وجه القرب هذا:

قال بعضهم: لأن في الترجيح بكثرة الأصول اعتبر المؤثر، وأما في قوة الثبات اعتبر الأثر وهو ثباته على الحكم المشهود به.

وقال أخرون: أن الترجيح في كثرة الأصول أخذ من نظائر الوصف ، – كالتيمم ونحوه–. وفي قوة الثبات اخذ من قوة الوصف وهو المسح في مسألة التثليث مثلا.

---

([1]) التوضيح: والتقرير والتحبير: وفواتح الرحموت: الاشارات نفسها.

ويمكن تصوير القرب ومن ثم بيان المراد من الأختلاف هنا كالأتي:

ذهب الحنفية الى ترجيح القياس في نفي استنان تثليث مسح الراس على القياس باستنان تثليثه كما هو مذهب الإمام الشافعي.

فالحنفية نظروا الى وصف المسح واستنبطوا منه معنى خفيا ودقيقا هو (التخفيف) وهو لا يلائم التثليث، فالترجيح هنا ترجيح بقوة الأثر، وهنا نقطع النظر عن المعنى الخفي وننظر، فنجد أن الشارع لم يشترط التثليث في مسح الخف، والجورب، ومسح الجبيرة، والتيمم، فهذه أصول واردة في المسح، فبالنظر الى: ذوات الأصول المذكورة ترجيح بكثرة الأصول.

وبالنظر: الى الأحكام الثابتة بتلك الأَصول-وهي: عدم اشتراط التكرار، ترجيح بقوة الثبات على الحكم.

يقول التفتازاني وغيره[1]:

(التحقيق أن الثلاثة راجعة الى قوة التأثير، لكن شدة الأثر بالنظر الى الوصف-أي التخفيف- ، وقوة الثبات بالنظر الى الحكم- وهو عدم اشتراط التكرار، وكثرة الأصول بالنظر الى الأصل- وهو هنا.... مسح الخف والجورب ، الخ - فلا اختلاف الا بحسب الأعتبار، ولهذا قال السرخسي: ما من نوع من هذه الأنواع إذا قررته في مسألة إلا وتبين به أمكان تقرير النوعين الأخرين فيه).

---

([1]) أنظر: التلويح: 2/113-114, والتقرير والتحبير: 3/230 وفيه: (والحق أن الثلاثة راجعة......والكلام لأبن الهمام.

قال إبن الهمام وهذا قول المحققين من الحنفية، ثم نقل قول أبي زيد الدبوسي في أنه قلما يوجد واحد من هذه الثلاثة دون الأخرين.

وقبل ان أذكر المرجح الرابع أسجل هنا ما يلاحظ على مثال المسح الذي أعتمده علماء الحنفية في تصوير حقيقة المرجحات الثلاثة ويمكن تلخيص أهم هذه الملاحظات بما يأتي:

1. أن التخفيف الذي ذكروه على أنه معنى المسح معنى خفي مستنبط عن طريق التأمل العقلي وهو غير منصوص ولا مومأ اليه. وكذلك في الأصول التي ذكرت على أنها شواهد.
2. أن المعنى المذكور وإن كان مظنونا عند أطلاق لفظ المسح وحده، ألا أن عدم اشتراط التكرار معه في صور عدة يرفع ذلك الظن الى مرتبة قريبة من القطع.
3. أن هذا المثال يجمع بين ما اصطلح عليه جمهور الحنفية بالإستحسان بالقياس الخفي وبين استحسان الضرورة والحرج وبأعتبارين مختلفين، بأن يقال في الأول، أن النظر الى وصف المسح يحيل ذهن المجتهد باديء الأمر الى استنان التكرار كغسل اليدين بجامع أنهما أصل في الطهارة.[1]ولكن المجتهد بعد التأمل يجد أن استنان التكرار غير مراد لاختصاص المسح بمعنى خفي به يفارق الغسل، وقد شهد لذلك أصول كثيرة (مقيس عليها) وهي التيمم، ومسح الخف والجبيرة ونحوهما، وبأن يقال في الثاني:

---

([1]) ولقد سبق بيان ذلك عند الكلام على معنى الشبه.

نفترض أن الاستنان كان مطلوبا في مسح الرأس لكونه أصلا في الطهارة، لكن التكرار فيه مما يشق- لا سيما أن الوضوء مما يتكرر كثيراً- وقد راعى الشارع هذه المشقة في الأصول المذكورة.

والفرق بين الأول والثاني: أن الباعث في ترك القياس في الأول: هو انعدام العلة القاضية بالاستنان، وفي الثاني هو المشقة المترتبة من الاشتراط مع وجود العلة القاضية بالاستنان.

4. أن القياس المتروك ليس واجب العمل به بل يسن.

وبعد هذا أقول: لا أستبعد أن يكون كل ذلك مقصودا بأيراد هذا المثال ، وقولهم المعنى هو (التخفيف) يؤيد بعض ما تقدم ذكره.

**رابعاً. العكس**

وهو عدم الحكم في جميع صور عدم الوصف

ومثاله : أن يقال أن مسح الرأس مسح فلا يسن تكراره كمسح الخف فإنه يعكس، فإن كل ما ليس بمسح يسن بخلاف القول بكونه ركنا لأن المضمضة متكررة وليست بركن، عند جمهور الفقهاء.

قال إبن أمير الحاج:

(العكس عند بعض المتأخرين لا عبرة به، لأن عدم العلة لا يوجب عدم الحكم و لا وجوده، لأنه ليس بشيء فلا يصلح مرجحا، لأن الرجحان لا بد له من سبب ثم قال:

ومختار عامة الأصوليين أنه صالح للترجيح، لأن عدم الحكم عند عدم الوصف الذي جعل حجة ودليل على اختصاص الحكم بذلك الوصف ووكادة تعلقه به فصلح مرجحا من هذا الوجه لكنه ترجيح ضعيف)[1] .

فهذه هي المرجحات الأربعة، وقوة الأثر منها هي محور التعارض والترجيح بين القياس والإستحسان، وأما قوة الثبات، وكثرة الأصول فإنهما تابعان لقوة الأثر على ما مر، وأما العكس فلا صلة له بالإستحسان على ما يبدو.

والظاهر من كلامهم أن الترجيح بكثرة الأصول فقط، لا يكون إستحسانا وكذلك الثبات على الحكم فقط، والواقع أن المنظور اليه في الإستحسان هو المعنى ، دون الصورة ومن هنا فإن الجامع فيه بين موضع الإستحسان والأصول الشاهدة هو مطلق المعنى ومطلق المصلحة، وإذا كانت الصورة ينظر اليها فيما أصطلح عليه جمهور الحنفية بالقياس الخفي، فإنه لا نظر إلى الصورة قطعا في استحسان الضرورة و رفع الحرج ، ومن هنا فإن مطلق رفع الحرج والضرورة، هو الجامع بين الأصل والفرع ولهذا فإن الأصول الشاهدة في استحسان التخفيف تكثر الى حد لا تحصى.

وعلى أية حال فإن المرجح في التعارض والترجيح بين القياس والإستحسان مطلقا هو قوة الأثر.

---

(1) التقرير والتحبير: 235/3.

## المطلب الثاني

## المطلوب بقوة الأثر (التأثير)

كان كلام الأصوليين من الحنفية والمالكية صريحا في أن مدار الترجيح هو قوة الأثر وقد سبق كلام صدر الشريعة وغيره في أن قوة الأثر تعني: التأثير[1] ، ولهذا فإنه ينبغي توضيح حقيقة ما يراد بالتأثير، وهذا يتطلب أيراد ما قاله الأصوليون من الحنفية والمالكية في معنى التأثير، وقبل ذلك أذكر معنى الأثر والتأثير في اللغة زيادة في التوضيح، ولذلك فإن هذا المطلب يتضمن فرعين:

الفرع الأول : معنى التأثير في اللغة.

الفرع الثاني : معنى التأثير في اصطلاح الأصوليين من الحنفية والمالكية وغيرهم.

## الفرع الأول

## معنى التأثير في اللغة

التأثير لغة: من الأثر وهو بقية ما ترى من كل شيء وما لا يرى بعد ما يبقى علقة، يقال: خرج في إثره وأثره ، أي: بعده، وتأثره: أي أتبع أثر وأثر فيه تأثيراً: أي ترك فيه أثرا، وجمع الأثر: الآثار، أي الأعلام ، والاثر: خلاصة السمن.

والأثرة: أثر الجراح يبقى بعد البرء، وأثر السيف: ضربته[2]

---

([1]) أنظر: التوضيح: 110/2, والتقرير والتحبير: 232/3

([2]) أنظر: كتاب العين: 236/4, والقاموس المحيط: 326/1

وأرى أن الجامع بين مفردات اشتقاقات الأثر هو: عاقبة شيء وماله والدال عليه.

## الفرع الثاني

## معنى التأثير ي اصطلاح الأصوليين

الأثر في حقيقته عاقبة شيء وماله، وقد عبر الأصوليون من الحنفية عن الباعث على العدول بقوة الأثر، وهذا يعني: أن الباعث هو قوة المال وصلاحه وهو ما عبر به السرخسي بـ(الأوفق للناس).

وقد عبّر الشاطبي عن قوة الأثر في أكثر من موضع باعتبار المأل.

ومن تلك العبارات:

- الإستحسان نظر الى نوع الادلة ومألاتها[1].
- والحاصل أن الإستحسان مبني على أعتبار مألات الأعمال، فإعتبارها لازم في كل حكم على الأطلاق[2].
- ......... لأنا لو بقينا مع أصل الدليل العام لأدى الى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة، فكان من الواجب رعي ذلك المال الى أقصاه[3].

ثم عدّ ما تقدم توضيحا لقول أصبغ بن الفرج المالكي:
(أن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة)[4].

---

(1) أنظر: الموافقات: 209/4.
(2) المصدر نفسه: 211/4.
(3) المصدر نفسه: 207/4.
(4) المصدر نفسه: 210/4.

لكن الحنفية عندما جاءوا الى تفسير المراد بقوة الأثر أوجزوا الكلام فيه واقتصروا على القول بانها تعني: التأثير.

وأرى أنهم أرادوا بذلك الجمع بين اعتبار المأل- وهو الأثر الذي يدرك بالعقل والحس- وبين المؤثر الذي هو الشرع، وباختصار أن الحنفية أطلقوا التأثير وارادوا به:

(المصلحة التي علم كونها مقصودة شرعا عن طريق النظر العقلي)

أو بعبارة أخرى : أنه يعني: المناسبة العقلية[1] مع الأعتبار الشرعي) .

فمن المعلوم أن المناسبة يلجأ اليها كطريق دال على علية وصف من الأوصاف إذا لم تكن تلك العلة منصوصة أو مجمعاً عليها.

وهذه الأمور كان لا بد من ذكرها أولا، نظرا للاختلاف الموجود في عبارات الأصوليين بوجه عام في تعيين وتحديد ما هو المراد بالتأثير فما ذكرته -بحسب ما يبدو لي- هو القاسم المشترك لكل ما قالوه وعلى التفصيل الذي يأتي.

وبعد هذا أذكر أبرز ما قاله الأصوليون من الحنفية والمالكية وغيرهم في المراد بالتأثير، على النحو الأتي:

---

([1]) عرف صدر الشريعة والتفتازاني وغيرهم المناسبة بأنها عبارة عن (كون الوصف بحيث يكون ترتب الحكم عليه متضمنا لجلب نفع أو دفع ضرر معتبر في الشرع) وعرفها بعض الشافعية بأنها عبارة عن (ملائمة الوصف المعين للحكم) أنظر: التوضيح والتلويح: 63/2-69. والذخيرة: 120/1. وشرح تنقيح الفصول: 391. وغاية الوصول: 122.

الفقرة الأولى

أبرز ما قاله الحنفية في معنى التأثير

قال السمرقندي

(التأثير :هو ما به يعقل كون الوصف علة)[1]

ثم عدّ الاستدلال بالتأثير الطريق الوحيد الدال على علية وصف من الأوصاف بعد النص.

وإليه ذهب البزدوي على ما نقله عنه عبدالعزيز البخاري[2]،وقد عرف السمرقندي الاستدلال بالتأثير بقوله :

(أن يكون لجنس وصف الأصل تأثير في جنس حكم الأصل في موضع الشرع أما بالنص أو بالإجماع من حيث الأصل) وأردف قائلا: (بأن كان بين الوصف في الأصل و بين الوصف في الفرع نوع تفاوت من حيث القدر والوصف لأنه – أي الوصف في الفرع – إذا كان مثله – أي الوصف في الأصل– من كل وجه لثبوت مثل هذا الحكم يكون هذا الوصف – في الفرع – علة بالنص لا بالاستدلال).

وخلاصة مثال من الأمثلة التي أوردها:

إن السرقة لم تعرف كونها علة لقطع اليد لمجرد اقترانها بالحكم المذكور بل عرف كونها علة لأنه علم من حيث الجملة أن ترتب العقوبات عقيب الجنايات مما ورد بها الشارع، فالسرقة تلتقي مع الزنا، والردة مثلاً في الجنس الذي هو الجناية، لأن السرقة نوع من الجناية،

---

([1]) أنظر : ميزان الأصول: 910/2.

([2]) المصدر نفسه: 847/2, 910, وكشف الأسرار على أصول البزدوي: 353/2. والتقرير والتحبير: 158/3. وفواتح الرحموت ومسلم الثبوت: 269/2.

وقطع اليد نوع من العقوبة فإدراك العقل لكون السرقة جناية، وأن الجناية يترتب عليها العقوبة شرعا هو ما به عرف كون السرقة علة، و لايخفى هنا حصول المقارنة بين موضعين[1].

وهذا الذي ذكره السمرقندي في معنى التأثير يقابله الطرد وهو: (اقتران الحكم بالوصف من غير مناسبة لا بالذات ولا بالتبع)[2].

ومثاله : الدلوك في قوله تعالى:

(أقم الصلاة لدلوك الشمس)[3].

فالعقل هنا لا يدرك المناسبة بين الدلوك والصلاة فالدلوك وصف طردي وهو ليس بعلة عندهم وأن سموه علة مجازاً ، والمقصود هنا أنه لا يقاس عليه لأن القياس هو فرع تعقل العلة[4].

قال النسفي:

(المعنى الذي صار به الوصف علة هو دلالة أثره)[5].

وقال إبن العيني في شرح المنار :

المعنى الثابت بالوصف دلالة – أي بالعقل– هو التأثير[6].

---

([1]) أنظر:ميزان الأصول: 847/2 وما بعدها.

([2]) أنظر: جمع الجوامع : 291/2, وغية الوصول : 126. والحنفية يعتبرون المناسبة العقلية المجردة– الاخالة على اصطلاحهم– طرادا أيضا انظر: التقرير والتحبير: 201/3.

([3]) سورة الاسراء: 78.

([4]) نقل التفتازاني عن البزدوي: قوله: (أن الوصف لا يصير علة بمجرد الاطراد, بل لا بد لذلك من معنى يعقل, بأن يكون صالحا للحكم) أنظر: التلويح: 69/2, أقول: وهذا هو المراد بقول أبن الهمام( أن الحنفية يصرحون بأن علل الشرع لا بد فيها من المناسبة) أنظر : التقرير والتحبير: 201/3. وفيها ما يتعلق بالدلوك.

([5]) أنظر: كشف الأسرار : 344/2–345. وذلك مثل دلالة المسح على التخفيف.

([6]) أنظر بهامش أبن ملك: 296.

وقال إبن أمير الحاج:

التأثير: هو المعنى الذي من أجله صار الوصف علة[1]:

هذا وقد نقل عبدالعزيز البخاري عن بعضهم قولهم في معنى التأثير :

(أن يوجد الحكم بوجود العلة ويعدم بعدمها كالشدة في الخمر يثبت التحريم بوجوده ويزول بزوالها[2].

وبعد هذا أنتقل الى ذكرابرز ما قاله المالكية في التأثير.

الفقرة الثانية

أبرز ما قاله المالكية في التأثير

قال القرافي:

(التأثير هو اعتبار الجنس في الجنس) .

قال: وهو التعليل بمطلق المصلحة[3].

ومثل هو وغيره لذلك بما روي عن أبي طالب رضي الله عنه أنه أقام الشرب مقام القذف إذ قال:

(أرى أنه إذا سكر هذى وإذا هذى أفترى وأوجب عليه حد القذف أقامة لمظنة الشيء مقامه قياسا على الخلوة فإنها لما كانت مظنة الوطيء أقيمت مقامه في الحرمة).

---

([1]) التقرير والتحبير: 235/3.

([2]) أنظر: تعليل الأحكام: مصدر سابق 209,

([3]) أنظر: شرح تنقيح الفصول: 393-394, 427-428, وشرح مختصر الروضة: 393/3.

وبهذا فإن المأخوذ به هو مطلق المناسبة ومطلق المظنة ، فمظنة جنس الافتراء وهو الوصف أثرت في جنس الجلد أو الحد وهو الحكم[1].

وقال إبن رشد :

التأثير : هو أن يعدم الحكم بعدم العلة في موضع ما[2].

الفقرة الثالثة

أبرز ما قاله الحنابلة في التأثير

أورد الطوفي كلام القرافي المذكور أنفاً وبعد أن ذكر قوله: أنه التعليل بمطلق المصلحة قال:

(هو تأثير جنس المصالح في جنس الأحكام: أي الحاق بعض الأحكام ببعض بجامع المناسبة المصلحية المطلقة)[3].

ثم أورد المثال نفسه.

وقال في موضع أخر:

(التأثير : هو إفادة الوصف أثره)[4].

الفقرة الرابعة

أبرز ما قاله الشافعية في التأثير

عرف الغزالي التاثير بأنه عبارة عن:

(حصول الحكم من أثر الوصف وبسببه)

---

([1]) أنظر: المصدرين نفسهما, والتوضيح : 70/2, والابهاج : 61/3. وللاثر المذكور أيضا: الموطأ: 842/2. والمستدرك: 385/4.

([2]) أنظر: المقدمات 182/1.

([3]) انظر: شرح مختصر الروضة: 393/3.

([4]) المصدر نفسه: 547/3.

أي هو أفادة الوصف أثره.

لكن الغزالي يرى للتأثير معنى أعم من المناسبة، فمجرد حصول الحكم من أثر ذلك الوصف (الاقتران) يسمى تأثيرا سواء علم بالعقل وجه المناسبة بين الوصف والحكم أم لم يعلم. فهو يقول:

(أن ما جعل علة فإنما جعل علة لأن الشارع جعله علة لا لمناسبته، ولكن المناسبة قد تكون تعريفا وتنبيها على جعل الشرع أياه علة عند بعض العلماء، وما عرف جعل الشرع أياه علة فقد عرف تأثيره إذ لا معنى للتأثير إلا حصول الحكم من أثره وسببه).

ثم بين أن أطلاقه : المؤثر والملائم وغيرهما أنما هو لتعريف وجه التمييز والانقسام ولكي تتخذ هذه العبارات أعلاما معرفة لها)[1].

وعلى هذا فإن مجرد أضافة الحكم الى وصف من الاوصاف يعدّ تأثيراً عند الشافعية على ما يظهر من كلام الغزالي ، فهو يقول:

(أن ما ظهر تأثيره بأضافة الحكم اليه فهو علة ناسب أم لم يناسب)[2].

وقد نصّ في غير موضع على أنه لا يفرق بين السبب والعلة ، وعلى هذا فإن التأثير المفهوم من أقوال الحنفية والمالكية ومن تقدم ذكره من الحنابلة نوع من التأثير عند الغزالي ، فهو يقول في تأثير الجنس في الجنس ما يدل على أن التأثير القائم على المناسبة مقول به أيضا، قال:

---

([1]) أنظر: شفاء الغليل: 145.

([2]) أنظر: المستصفى : 295/2, 297, وقال ابن السبكي: يجوز التعليل بما لا يطلع على حكمته, أنظر جمع الجوامع: 240/2.

(أن الجنس الأعم للمعاني كونها مصلحة، والمناسب مصلحة، وقد ظهر أثر المصالح في الأحكام ، إذ عهد من الشرع الالتفات الى المصالح ، فلأجل هذا الاستعداد العام من ملاحظة الشرع جنس المصالح، اقتضى ظهور المناسبة تحريك الظن ولأجل شمة من الالتفات الى عادة الشرع أيضا أفاد الشبه الظن لأنه عبارة من أنواع من الصفات عهد من الشرع ضبط الأحكام بجنسها)[1].

تعقيب واستنتاج:

هذا أبرز ما قاله الأصوليون في التأثير ولو قطعنا النظر عما ذكره الغزالي وهو عدم النظر إلى المناسبة أستطيع القول: بأنه مهما اختلفت العبارات فإن الأصوليين أطلقوا التأثير على ملائمة الوصف المعين للحكم عقلاً وشرعاً.

وأعني بالملائمة عقلا: أحتواء ذلك الوصف على معنى يدرك بمجرد العقل ، وأعني بالملائمة شرعاً: أن ذلك المعنى قد ظهر تأثيره في الحكم شرعاً.

وبعد هذا أخص الحنفية بالذكر ومن بعدهم المالكية فأقول:

إن هذين الأمرين لا بد من وجودهما معا في الوصف ليكون علة عند الحنفية ، وهذا واضح في نصوص صريحة لهم.

فهم يصرحون : (بأن علل الشرع لا بد فيها من المناسبة)[2].

ويصرحون : بأن (المناسبة – أي وحدها– لا تستلزم الاعتبار)[3].

---

([1]) المستصفى: 320/2.

([2]) أنظر: التقرير والتحبير: 201/3, وفيه: أن الحنفية يصرحون بأن....

([3]) المصدر نفسه: 270/3. 271.

وجمع السمرقندي بين هذين بقوله:

(لا يجوز الاكتفاء بمجرد المناسبة لأن الكلام هو في العلة الشرعية فيجب أن يطلب صحته من الشرع لا من العقل وحده ، والشرع هو النص والاستدلال فلا يجوز الحكم بكون الوصف علة شرعا ألا بهذين الطريقين)[1].

ومتى حصل الانفكاك بين هذين في وصف من الأوصاف عد من (الطرد) فلا يجعل علة حينئذ.

فالمناسبة العقلية المجردة تسمى أخالة، ومصلحة مرسلة [2] وهي من الطرد على ما نص عليه إبن الهمام[3]، كما أنهم سموا الوصف الخالي من المناسبة وصفا طرديا وقد سبق بيان المراد بالوصف الطردي أثناء الكلام عن الشبه.

وبهذا أستطيع القول: بأن الحنفية أطلقوا (التأثير) للاحتراز من المناسبة العقلية المجردة .

على أن الحنفية عبروا عن التأثير بالمعنى المتقدم بـ (صلاح الوصف) أيضاً. إذ أشترطوا في الوصف ليكون علة أن يكون صالحاً ، قال جمهورهم:

المراد بصلاح الوصف، ملائمته: ثم فسروا الملائمة:

---

([1]) ميزان الأصول: 864/3.

([2]) أنظر: التوضيح والتلويح: 71/2, وفواتح الرحموت ومسلم الثبوت 300/2-301, وفيه أيضا, المصلحة المرسلة هي ما لم يحصل ظن اعتبار الشارع لذلك الوصف (المخيل).

([3]) انظر: التقرير والتحبير: 201/3.

بأن يكون الوصف المناسب موافقا للعلل المنقولة عن الرسول صلى الله عليه وسلم وعن الصحابة والتابعين بأن لا يكون نائياً عن طريقتهم في التعليل.

ومما مثلوا به لذلك: التعليل بالصغر فإنه موافق للعلل المنقولة، لأنه مثل الطواف الذي علل به النبي صلى الله عليه وسلم سقوط النجاسة عن الهرة بقوله:

(أنها ليست بنجس ، أنها من الطوافين عليكم والطوافات).

فالطواف منشأ الضرورة وهي تعذر صون الأواني عن الهرة، والضرورة مؤثرة في اسقاط النجاسة، وكذا الصغر منشأ للعجز، والعجز مؤثر في أثبات الولاية فكان التعليل بالصغر موافقا لتعليل الرسول صلى الله عليه وسلم[1].

وقال السمرقندي ما نصه:

(وتفسير صلاح الوصف: الملائمة والموافقة بين الحكم والعلة عقلا وشرعا بأن كان لا يستحيل أضافة ذلك الحكم اليه عقلا بل يحسن، كإضافة العقوبات الى الجنايات ، وإضافة الثواب الى الطاعات، وإضافة الضمان الى الأتلافات ونحوها)[2].

وفسر التفتازاني الملائمة بأن يكون الوصف على منهاج المصالح. ، وتجب الأشارة الى أن التفتازاني وغيره من الحنفية – كملا

---

([1]) أنظر: أصول السرخسي: 172/2, والتوضيح: 69/2, وشرح المنار لأبن مالك: 275, وأنظر للحديث :الموطأ: 23/1, ومسند الأمام أحمد: 303/5, والمستدرك: 159/1-160.

([2]) ميزان الأصول: 833/2.

خسرو- صرحوا بأن ماعبر عنه الحنفية بصلاح الوصف يراد به ظهور الأعتبارالشرعي للجنس البعيد للوصف)[1].

أقول وهذا عين ما يراد بالمصلحة المرسلة على ما أذكر لاحقاً .

والغرض مما تقدم التأكيد على أن التأثير عند الحنفية يراد به (المناسبة العقلية مع الاعتبار الشرعي) ، ومعلوم مما تقدم أن الاعتبار الشرعي قد علم لا بالنص ولا بالايماء بل عن طريق التأمل في جملة من الأحكام تلتقي مع الوصف المراد جعله علة في الجنس لا النوع ، ومن هنا عرف التأثير بأنه عبارة عن أعتبار الجنس في الجنس . وإذا كان ذلك المعنى المناسب هو ما به علم كون الوصف علة ، فإن الحكم يدور معه وجوداً وعدماً وهذا هو المراد بتعريف من عرفه بأنه عبارة عما يوجد الحكم لوجوده وينعدم بعدمه ، وهذا هو المراد بما أذكره من معنى (عدم المانع) في الفصل الأتي ، وما ذكرته من موقف الحنفية واضح في عبارات بعض علماء المالكية .

يقول إبن العربي:

(العقول لا حكم لها بتحسين ولا تقبيح ولا تحليل ولا تحريم وأنما ذلك الى الشرع إذ العقول لا تهتدي الى المنافع التي ترشد من ضلال الخواطر)[2].

ويقول الشاطبي:

---

(1) أنظر: التلويح: 2/69-70, 75, ومرأة الأصول: 247.

(2) أحكام القرأن: 2/707.

(أن الأدلـة العقليـة، تسـتعمل مركبـة علـى الأدلـة السـمعية، فهـي معينـة فـي طريقها أو محققة لمناطها، أو ما أشبه ذلك لكنها– أي الأدلـة العقليـة – لا تستقل بالدلالـة لأن النظـر فـي الأحكام نظـر فـي أمـر شرعي والعقل ليس بشارع)[1].

وبعد أن عرفنا أن التأثير يطلق على معنى معقول معتبر شرعا لا بصـريح الـنص أو أيمائـه ، أوجـز فيمـا يـأتي الكـلام عن مراد الأصـوليين بهذا (المعنى) الذي هو (المؤثر) فأقول:

إذا كان التأثير يطلق على ذلك المعنى المعقول المعتبر شرعاً فإن هذا يعني أن ذلك (المعنى) هو المقصود من جعل الوصف علة من هنا قال السمرقندي : (المعنى هو ركن العلة وهو القصد)[2].

ولما كان القصد غير ظاهر فقد قال السرخسي:

(أن ما يكون مؤثرا في الحكم شرعا هو الحكمة الباطنة)[3].

وفـي الوقت الـذي نجد فيـه إبـن أميـر الحـاج وغيره يعرفون التـأثير بأنه عبارة عن: المعنى الذي من أجله صار الوصف علة[4]، نجد القرافي من المالكية يقول:

(الحكمة هي التي لأجلها صار الوصف علة)[5].

وبمثل هذا قال الطوفي من الحنابلة[6].

---

([1]) الموافقات: 35/1.
([2]) ميزان الأصول: 821/2.
([3]) أصوله: 234/2.
([4]) التقرير والتحبير: 232/3.
([5]) شرح تنقيح الفصول: 406, والذخيرة: 124/1.
([6]) شرح مختصر الروضة: 445/3.

ولما كانت الحكمة هي المقصودة فقد جاء في التقرير والتحبير:

(الحكمة هي العلة الحقيقية، وأنما أعتبر الوصف لعدم انضباطها)[1]

وقال في فواتح الرحموت:

(الحكمة هي المناسب المؤثر حقيقة)[2].

ولما كان المعنى- الحكمة- قد علم كونه مقصودا شرعا بالنظر العقلي في موضع وقد علم أعتبار ذلك المعنى شرعا في محال أخرى تلتقي مع الموضع المذكور في الجنس فقد قال في مسلم الثبوت:

(العلة المؤثرة الجنس لا غير)[3].

ونتوصل بكل ما تقدم الى القول: بما أن هذه الحكمة ليست حكمة عقلية مجردة-أي مقصودة عقلا فقط- فإن ذلك يعني حتما، أن الحكمة المرادة بكلام الأصوليين في القياس والإستحسان هي:

(ما علم كونه مقصودا للشارع).

ومن هنا يقول الشاطبي:

(الإستحسان هو الرجوع الى ما علم من قصد الشارع في الجملة)[4].

أقول : هذا في الإستحسان غير الثابت بالنص أو الإجماع-وليسا من الإستحسان عند المالكية-، وأما في الإستحسان المستند اليهما فإن مقصود الشارع قد علم بدليل معين. وهو النص أو الإجماع.

---

([1]) أنظره: 180/3-263.

([2]) أنظره: 274/2.

([3]) أنظره: 269/2.

([4]) أنظر: الموافقات: 210/4.

وإذا ثبت أن رفع الحرج والضرر مقصودان للشارع تبين أن الحنفية لما عبروا (بالتأثير) أرادوا بذلك ، جميع ما يطلق عليه أنواع الإستحسان ، وبعد هذا أذكر ما قاله الحنفية والمالكية ومن وافقهم في القول بالإستحسان في المراد بالحكمة، وذلك من خلال المطلب الأتي.

## المطلب الثالث

## المراد بالحكمة

ويتضمن هذا المطلب ثلاثة فروع:

الفرع الأول: المراد بالحكمة .

الفرع الثاني: أراء الأصوليين في التعليل بالحكمة .

الفرع الثالث: الصلة بين الإستحسان والتعليل بالحكمة .

### الفرع الأول

### المراد بالحكمة

قبل أن اذكر مراد الأصوليين بالحكمة ، أبين معنى الحكمة في اللغة.

أولاً: معنى الحكمة في اللغة:

قال في معجم مقاييس اللغة[1]:

(الحاء والكاف والميم أصل واحد وهو المنع، وأول ذلك: الحكم وهو المنع من الظلم، يقال: حكمت السفيه إذا أخذت على يده) ثم قال:

---

([1]) أنظره: 91/2.

(والحكمة : هذا قياسها، لأنها تمنع من الجهل، فتقول: حكمت فلاناً تحكيماً، منعته عما يريد).

وقال الفيروز أبادي:

(الحكم: القضاء: وأحكمه: أي أتقنه فاستحكم، والحكمة العدل والعلم ، والحلم ، والنبوة ، والقرآن ، الانجيل)[1].

وقال الأزدي في جمهرة اللغة[2]:

(الحكم : معروف حكم يحكم حكما، والله عز وجل الحاكم العادل، والحكم العدل في حكمه، يقال: أحكمت الرجل عن كذا وكذا وحكمته إذا منعته منه).

ثم قال: (فكل كلمة وعظتك أو زجرتك أودعتك الى مكرمة أو نهتك عن قبيح فهي حكمة).

وقال القرطبي:

(الحكمة في اللغة مصدر من الأحكام، وهو الأتقان في قول أو فعل ، وأصل الحكمة ، ما يمتنع به السفه ، فقيل للعلم حكمة لأنه يمتنع به، وبه يعلم الأمتناع عن السفه وهو – أي السفه- : كل فعل قبيح)[3].

وعرّف بعضهم الحكمة بأنها: ( العلم الذي يمنع ما يقبح الى ما يحسن)[4].

---

([1]) القاموس المحيط: ترتيب القاموس: 595/1, مادة : حكم.

([2]) أنظره: 186/2.

([3]) أنظر: الجامع لأحكام القرأن: 320/3.

([4]) أنظر: مباحث العلة: 104-105. عن اللسان والصحاح مادة الحكم,

ومن أقرب التعريفات اللغوية الى معناها الاصطلاحي قولهم: (أنها تعلقت به عاقبة حميدة، وهي بخلاف السفه)[1].

وواضح مما تقدم أن الحكمة تطلق على الاتقان في القول أو الفعل وعلى العدل والعلم والامتناع عن السفه وعلى كل ما هو حق وحسن.

وذكر الجرجاني تعريفات للحكمة قريبة مما سبق وهي[2]:

- الحكمة علم يبحث فيه عن حقائق الأشياء علىما هي عليه في الوجود بقدر الطاقة البشرية.
- الحكمة في اللغة: العلم مع العمل.
- الحكمة يستفاد منها ما هو الحق في نفس الأمر بحسب طاقة الأنسان.
- كل كلام وافق الحق فهو حكمة.
- الحكمة هي الكلام المعقول المصون عن الحشو.

**ثانياً. الحكمة في اصطلاح اللغويين**

اختلفت عبارات الأصوليين فيما يراد بالحكمة على الوجه الأتي:

1. قال الجمهور : أن الحكمة هي ما يترتب على التشريع من جلب مصلحة أو تكمليها، أو دفع مفسدة أو تقليلها[3].

---

([1]) المصدر السابق: نقلا عن اللامشي, مخطوط ورقة 37.

([2]) التعريفات: 54-55.

([3]) أنظر: حاشية البناني على شرح المحلي على جمع الجوامع: 236/2. وغاية الوصول, 114, وتعليل الأحكام: 136,. والوجيز للاستاذ الدكتور عبدالكريم زيدان: 168. ومباحث العلة: مصدر سابق: 105 نقلا عن المصادر المكورة مصادر اخرى أيضا.

وهذا ما صرح به بعض الحنفية كصدر الشريعة، وإبن الهمام في مواضع، وبه صرح بعض الحنابلة كالطوفي.

مثال ذلك:

إذا قلنا أن قصر الصلاة شرع لدفع المشقة عن المسافر، فعلى قول أصحاب هذا الاتجاه يكون (دفع المشقة) هو الحكمة.

ثال صدر الشريعة:

(ليست المشقة هي الحكمة، بل الحكمة هي دفع الضرر)[1].

فترتب الحكم على المشقة هنا هو المحصل للحكمة التي هي (دفع الضرر)*.

ويلاحظ : أن صدرالشريعة لم يقل دفع المشقة بل قال دفع الضرر ليكون شاملاً للمشقة نفسها وللضرر المتوقع الذي قد ينشأ منها.

وقال في التقرير والتحبير:

(الصيغة في العقود- أي الأيجاب والقبول- هي مظنة الرضا الذي هو مظنة الحاجة التي شرع الحكم الذي هو: ملك البدل وحله معها- أي الحاجة- لدفع الحاجة التي هي المصلحة)[2].

وقال نجم الدين الطوفي بعد أن عرف الحكم: بأنها التي من أجلها صار الوصف علة:

---

([1]) التوضيح: 2/63-64.

([2]) أنظره: 3/141, 263.

(الحكمة هي الغاية المطلوبة من التعليل وهي: جلب المصلحة أو دفع المفسدة كحفظ المال ، والعقل ، والنسب ، الذي جعل وصف السكر، والزنا علة لوجوب الحد لتحصيله)[1].

2. والظاهر من كلام بعض الأصوليين كالقرافي، والشاطبي من المالكية أن الحكمة هي الأمر المناسب لشرع الحكم.

قال القرافي:

الحكمة هي علة علية العلة كاتلاف المال في السرقة، واختلاط الأنساب في الزنا.

وقال أيضاً:

والحكمة هي التي لأجلها صار الوصف علة كذهاب العقل الموجب لجعل الأسكار علة[2].

وعرفها الشاطبي: بأنها:

(الحكم والمصالح التي تعلقت بها الأوامر أو الأباحة والمفاسد التي تعلقت بها النواهي) ثم قال:

فالمشقة علة في أباحة القصر والفطر في السفر، وأن العلة هي المصلحة نفسها أو المفسدة لا مظنتها[3].

وعلى هذا فإن الحكمة تكون المشقة نفسها وهي الأمر المناسب لشرع الحكم . فعلى قول الجمهور: حفظ المال ودفع اختلاط الأنساب، وحفظ العقل ، ودفع المشقة هي الحكمة ، لا إتلاف المال ........ الخ.

---

([1]) شرح مختصر الروضة: 445/3.

([2]) أنظر: شرح تنقيح الفصول: 406-426, والذخيرة: 1-124.

([3]) الموافقات: 1-265.

والذي يبدو لي أن القرافي ومن وافقه لم يريدوا بالحكمة ما تقدم حقيقة بل أرادوا بذلك القول: بأن ترتيب الحكم على هذه الأمور هو المحصل للحكمة.

ولعلهم راوا أن تحديد الأمر المناسب على أنه الحكمة أضبط من تحديدها بما يترتب على ذلك الأمر المناسب.

يقول صدر الشريعة في بيان المراد بقول الأصوليين: كون الوصف مشتملاً على حكمة مقصودة للشارع:

(المراد من كونه مشتملا على الحكمة: أن ترتب الحكم على هذه العلة – كالمشقة – محصل للحكمة)[1] والتي هي دفع الضرر.

وتجدر الأشارة الى أن بعض الأصوليين من الحنفية قالوا في الحكمة ما يفهم منه الجمع بين الأتجاهين المذكورين .

ومن ذلك قول السمرقندي في بيان المراد (بالمعنى ) الذي هو الحكمة: (المعنى هو ركن العلة وهو القصد)[2].

فالمشقة هي المقصودة بشرع قصر الصلاة لمقصود هو دفع المشقة.

ومن ذلك ما جاء في التقرير والتحبير:

(الحكمة هي الأمر الباعث من المقاصد والمصالح: أي: ما يكون لذة أو وسيلة الى لذة كالحرج والزجر)[3].

وبعد هذا استطيع القول:

---

([1]) التوضيح: 2/63-64.

([2]) ميزان الأصول: 2/821.

([3]) انظره: 3/263.

إن الحكمة هي الباعثة على العدول، وهي المقصودة بإطلاق الإستحسان ، وهي المقصودة بالقياس الخفي، وتمييز استحسان الضرورة من القياس الخفي عند جمهور الحنفية ليس إلاّ لأن الحكمة في الضرورة واضحة وجلية وإلاّ فإن استحسان الضرورة قياس أيضاً على ما أبين .

وأرى أن ما تقدم من كلام الأصوليين بوجه عام والحنفية منهم بوجه خاص يكفي لمعرفة أن الحكمة هي العاقبة، وأنها المرادة بقوة الأثر، ومن هنا فإنه متى كان القياس متضمنا للحكمة :

تمّ أجراء القياس، ومتى لم يكن متضمنا للحكمة أوقف عمله وتم العمل بدليل شرعي أخر يكفل تحقيق تلك الحكمة التي هي المصلحة ذاتها. والتي هي مقصودة شرعاً.

ومما يدل على أن الإستحسان هو أسم للحكمة، ما نقله عبدالعزيز البخاري عن بعض الحنفية قولهم:

إن الإستحسان إذا ان أكثر تأثيرا كان إستحسانا تسمية ومعنى، وإذا كان القياس أكثر وتأثيرا كان الإستحسان تسمية لا معنى والإستحسان معنى هو القياس[1].

أقول: وقال القرافي:

(القياس متضمن للحكمة)[2].

ولما كانت هذه الحكمة قد علم كونها مرادة شرعاً ، ولم تكن حكمة عقلية مجردة كان الإستحسان إستحسانا شرعياً وعقلياً .

---

([1]) أنظر: كشف الأسرار للنسفي: 295/2. ولعبد العزيز البخاري: 4/4.

([2]) أنظر: شرح تنقيح الفصلو: 387.

هذا وسأذكر في الفصل الرابع أن القائلين بالإستحسان علقوا حكم الوصف على الحكمة ، أي على المصلحة المترتبة عقبيها وعدوا وجود الحكمة جزءاً من العلة أو شرطا لثبوت حكمها .

## الفرع الثاني

## أراء الأصوليين في التعليل بالحكمة

إن الجدل والنقاش بين الأصوليين قد طال بشأن جواز وعدم جواز التعليل بالحكمة ونحن لا يعنينا من هذا الخلاف إلا القليل ، لذلك لا أدخل في تفاصيل أدلة كل فريق فأختصر الكلام في ذلك وأقول:

اختلف العلماء في جواز التعليل بالحكمة وعدمه ولهم في ذلك اتجاهات ثلاثة:

الأتجاه الأول:

لا يجوز التعليل بها مطلقا، سواء كانت ظاهرة أو خفية، منضبطة ، أو غير منضبطة ، نسب الأمدي هذا القول إلى الأكثر .

ومن أهم ما استدلوا به:

إن الشأن في الحكمة أن تكون خفية، كالحاجة بالنسبة لاباحة البيع فإنها لايمكن التحقق منها في كل عقد ، أو غير منضبطة كالمشقة لإباحة الفطر في السفر، فإنها تختلف باختلاف الأشخاص والأزمان، وإذا كان هذا شأنها فلا يصح أناطة الحكم بها، لأن المقصود من وضع العلل ، معرفة الأحكام الشرعية بها بحيث تنضبط ، فكلما وجدت العلة وجد

المعلول وكلما انتفت العلة انتفى المعلول ، فلا بد أن تكون العلة أمراً ظاهراً منضبطاً .

ثم أن جعل الحكمة المناط في اثبات الأحكام الشرعية مع أنها خفية يؤدي الى أيقاع الناس في العسر والتخبط في الأحكام لصعوبة الأطلاع عليها[1].

<u>الأتجاه الثاني:</u>

قالوا : يجوز التعليل بالحكمة مطلقاً .

ومن هؤلاء الغزالي والرازي والبيضاوي من الشافعية، وهو الظاهر من كلام الشاطبي ، وقال الطوفي من الحنابلة:

والاشبه جواز التعليل بالحكمة[2].

ومن أهم ما استدلوا به:

إن الوصف – المظنة – وسيلة ، والحكمة مقصد، وإذا جاز التعليل بالوسيلة فبالمقصد نفسه أولى .

قال القرافي: حجة الجواز:

(أن الوصف إذا جاز التعليل به فأولى بالحكمة، لأنها صلة، وأصل الشيء لا يقصر عنه ولأنها المصلحة والمفسدة وحاجات الخلق،

---

([1]) أنظر: الأحكام للآمدي: 180/2–183, وشرح تنقيح الفصول: 406–407, وأصول الفقه الأسلامي للدكتور محمد مصطفى شلبي: 236/1.

([2]) أنظر: شفاء الغليل: 416, والابهاج: 140/3, وشرح تنقيح الفصول: نفس الأشارة, والموافقات: 265/1, وشرح مختصر الروضة: 445/3, وارشاد الفحول: 207. ومباحث العلة, مصدر سابق: 112, نقلا عن المنهاج بشرح الأسنوي: 105/3,والمحصول: ج2ق2: 3879, والكاشف على المحصول للأصفهاني مخطوط: 541/3 وشفاء الغليل: نفس الأشارة.

وهذا هو سبب ورود الشرائع، فالأعتماد عليها أولى من الأعتماد على الفرع).

الاتجاه الثالث:

وهو اخيار التفصيل.

قالوا : إذا كانت الحكمة ظاهرة منضبطة بنفسها جاز التعليل بها وأما إذا كانت مضطربة أو خفية فلا يجوز.

وبه قال : الامدي والصفي الهندي من الشافعية، وإبن الحاجب من المالكية ، وهو قول بعض الحنابلة[1]، و هوالظاهر من كلام الحنفية بخصوص التعليل بالحكمة.

قال في فواتح الرحموت:

(من شرائط العلة: أن تكون وصفا معلوما ضابطا للحكمة لا حكمة مجردة ، لخفائها كالرضا في العقود، أو لعدم انضباطها كالمشقة، ولو وجدت الحكمة ظاهرة منضبطة جاز ربط الحكم بها لعدم المانع بل يجب: لأنها المناسب المؤثر حقيقة)[2].

السبب في تضييق نطاق التعليل بالحكمة:

قبل أن أبين صلة الإستحسان بالتعليل بالحكمة أرى من المناسب هنا أن أذكر ماقيل بشأن السبب الداعي الى منع التعليل بالحكمة أو

---

(1) أنظر: الأحكام: 180/2, والابهاج: 140/3, ومنتهى الفصول: 169. والمغني مع الشرح: 66/4. 97, والمسودة: 423-424, وشرح الكوكب المنير: 491, ومباحث العلة: 113-114, مقلا عن نهاية الوصول للصفي الهندي: 215/2. والعضد: 213/2, وبعض المصادر المذكورة.

(2) أنظره: 274/2, و التقرير والتحبير: 263/3, والتوضيح: 63/2.

التضييق من نطاقه من قبل بعض العلماء وذلك لما يبدو لي من وجود صلة بينه وبين موقف الأصوليين من الإستحسان.

ذكر بعض الباحثين أن السر في المنع من التعليل بالحكمة مع الأتفاق على التعليل بالأوصاف الظاهرة راجع الى: أن هؤلاء العلماء أرادوا ضبط الأقيسة المنقولة عن أئمتم بضوابط ليسهل عليهم السير على نهجها ، وتحريج المسائل الجديدة على ضوئها ، مع محافظتهم على سلامة مذاهب أئمتهم وما نقل فيها من فروع .

واستدلوا لذلك بما يأتي[1]:

- أن غير واحد من الأصوليين صرح بأن العلة على الحقيقة هي الحكمة وأن هذا الوصف الظاهر ضابط لها فقط ، ومن ذلك:

قول السمرقندي:

(أن أحكام الله لم تتعلق بالألفاظ والأسامي وإنما تعلقت بالحكم والمعاني)[2].

وكذا قول السرخسي:

(أن ما يكون مؤثرا في أثبات الحكم شرعا: الحكمة الباطنة)[3].

ويقول إبن الهمام وإبن أمير الحاج:

(أن الحكمة هي العلة الحقيقية، وأنما أعتبر الوصف لعدم انضباطها)[1].

---

([1]) أنظر: للدكتور محمد مصطفى الشلبي: تعليل الأحكام 148-149, وأصول الفقه الاسلامي: 141/1-243, ومباحث العلة, مصدر سابق: 128-130.

([2]) أنظر: ميزان الأصول: 914/2.

([3]) أنظر: أصوله: 234/2.

وقال بعض الحنفية على ما تقدم: (الحكمة هي المناسب المؤثر حقيقة).
ومن ذلك أيضا قول الشاطبي:

(العلة هي المصلحة نفسها أو المفسدة لا مظنتها، سواء كانت هذه المصلحة ظاهرة أو غير ظاهرة منضبطة أو غير منضبطة)[2].

هذا وقد تقدم ذكر نصوص صريحة للأصوليين بهذا الشأن.

ثانيهما: ما صرح به بعض المحققين من فقهاء الحنفية من أن أصحاب المذاهب عللوا الحكم بالوصف الظاهر دون العلة الحقيقية، خوفا من نقض يرد على تلك العلة بفرع من فروع المذهب.

يقول إبن الهمام عند الكلام على علة الربا في الأصناف الستة:
هل هي الكيل أوالوزن ؟ كما قال علماء الحنفية أو الطعم في المعلومات،والثمينة في الأثمان ؟ كما قال الشافعية. أو الاقتيات أو الأدخار كما قال علماء المالكية ؟

والوجه أن تجعل العلة في تحريم الربا عند الحنفية: قصد صيانة أموال الناس وحفظا عليهم. ولكن يلزم على التعليل بالصيانة ألا يجوز بيع بعير ببعيرين، وجوزاه مجمع عليه إذا كان حالاً : فإن قيل الصيانة حكمة فتناط بالمعرف لها وهو الكيل والوزن قلنا: أنما يجب ذلك عند خفاء الحكمة وعدم أنضباطها ، وصون المال الظاهر منضبط ، فإن المماثلة وعدمها محسوس، وبذلك تعلم الصيانة وعدمها،غير أن المذهب ضبط

---

([1]) أنظره: 180/3.
([2]) الموافقات: 256/1.

هذه الحكمة بالكيل والوزن تفاديا عن نقضه بالعبد والعبدين وثوب هروي بثوبين[1].

## الفرع الثالث

## الصلة بين الإستحسان والتعليل والحكمة

الإستحسان تعليل بالحكمة لكن حال تعارضها مع المظنة التي هي الوصف الظاهر. بمعنى أن الحكمة تقتضي حكماً في وقت يقضي ظاهر وصف موضع الإستحسان بحكم أخر مخالف ، وقد يسأل سائل ويقول:

ما علاقة هذا بما عرف به الإستحسان من أنه ترك لقياس الى قياس أخر؟

الجواب :

إن المظنة التي هي الوصف الظاهر تحيل ذهن المجتهد الى أصل ، ولكن المجتهد بعد التأمل يجد أن مسألته تحتوي على حكمة، وهذه الحكمة تحيل ذهنه الى أصل أو أصول اخرى لتلك الحكمة.

والواقع أن التفصيل الذي جاء بشأن المراد بالحكمة هو نفسه كاف لكشف العلاقة بين الإستحسان والتعليل بالحكمة، ومع ذلك الخص أهم ما ينبغي ذكره بهذا الخصوص فيما يأتي ، فأقول:

الإستحسان نوعان:

---

(1) مباحث العلة: 129-130, نقلا عن شرح فتح القدير: 278/5.

**النـوع الاول** : استحسـان يكـون الباعـث علـى العـدول فيـه دفـع الضـرر والحرج.

وواضح أن ذلك حكمة.

**النوع الثاني:** استحسان لا يكون الباعث على العدول فيه دفع الضرر والحرج . بل يكون الباعث على العدول، تجنب أثبات حكم في غير موضعه، فإن الحكم بنجاسة سؤر سباع الطير عند العلم بعدم حصول الاختلاط مناف للحكمة ما دمنا قد حكمنا بنجاسة السؤر لحصول الاختلاط، ثم أن مجرد تعليق الحكم بما علم كونه مقصودا للشارع: حكمة، هذاوقد سبق كلام القرطبي وغيره من أنه (قيل للعلم حكمة، لأنه يمتنع به، وبه يعلم الأمتناع عن السفه).

وتجب الأشارة هنا الى أن الإستحسان ليس تعليلا بالحكمة المجردة، فالناظر في المسائل الإستحسانية يجد أنه ما من مسألة استحسن فيها العلماء إلا وهنالك أمارة ضابطة لتلك الحكمة، فشراء البائع ما باعه باقل مما باعه به قبل نقد الثمن الأول أمارة دالة علىأن ذلك الشخص يريد بذلك العقد: التوصل الى الربا المحرم[1].

ثم أن العرف الذي يستند اليه في الإستحسان، قد يرجع اليه لكونه أمارة دالة على وقوع الحرج فيما لو تم التمسك بالقياس في موضعه.[2]وقد يرجع اليه لكونه أمارة دالة على انعدام المعنى الذي تعلق به القصد في

(1) وسيأتي تفصيل هذا المثال في التطبيقات.

(2) كمثال استئجار المرضعة بطعامها وكسوتها الأتي من التطبيقات.

القياس[1]، وحاصل الكلام إن العرف في المسائل الإستحسانية المستندة إليه يقع مثل موقع المنقار من مثال سؤر سباع الطير، ومعلوم أن المنقار كان أمارة دالة على عدم حصول الاختلاط.

ومثل العرف : قلة شيء ونزارته، وهكذا في كل مسألة استحسانية.

يقول صدر الشريعة:

(والحكمة المجردة لا تعتبر في كل فرد لخفائها وعدم انضباطها، بل في الجنس فيضاف الحكم الى وصف ظاهر منضبط يدور معها، أو يغلب وجودها عنده)[2]. وتجب الأشارة أيضاً إلى أن الإستحسان في معظم مسائله رفع للحرج ودرء للضرر، والمشقة والمضرة منضبطان عرفا على ما نص عليه إبن أمير الحاج[3].

## المطلب الرابع

## طبيعة الحكم المستحسن

أصبح من الواضح أن الإستحسان رجوع الى ما علم من قصد الشارع وأن هذا العلم قد يحصل بوجود نص معين، وقد يحصل بوجود أجماع ، وقد يحصل عن طريق النظر العقلي في الأحكام المنصوصة أو المجمع عليها وإذا ثبت أن مقاصد الشارع في الحكم الفصل في كل حكم استحساني كسائر الأحكام الاخرى، فإن ذلك يعني بالضرورة ما يأتي:

---

([1]) كالأمثلة المتعلقة برد الايمان الى العرف الأتية في التطبيقات.

([2]) التوضيح, 63/2.

([3]) أنظر: التقريروالتحبير: 263/2.

أولاً. ميلان الغالبية العظمى من المسائل الإستحسانية نحو التخفيف ودرء الضرر.

ثانياً. ميلان قلة قليلة من تلك المسائل نحو ما لا يوصف بالتخفيف .

وفي الحالتين فإن تحقيق مصلحة الانسان كفرد أو جماعة يكون هو المقصود بالحكم المستحسن، فوقاية المجتمع من الجريمة تقتضي التشديد، وهذا التشديد وإن حصل بحق بعض الأفراد فإنه يعد تخفيفا ومصلحة بالنسبة للأخرين[1].

هذا فضلاً على شمول المصلحة للمصالح الأخروية ، لأن إقامة الدين بحد ذاتها تحتل الموقع الأول بين المصالح[2].

وحاصل الكلام أن الحكم المستحسن حكم شرعي شأنه شأن سائر الأحكام التي لا تسمى إستحسانا ، والواقع أن المسائل الإستحسانية المائلة نحو التخفيف ودرء الضرر هي على كثرة بحيث جعلت من لفظ الإستحسان وكأنه مرادف لرفع الحرج ، والمصلحة ومن أكثر عبارات الحنفية صراحة في هذا المجال ، ما قاله السرخسي عقب تعريفه للإستحسان ، فبعد أن عرفه بأنه ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس، ومن ثم عقب بجمل صريحة في كون الإستحسان أخذا بالسماحة وما الى ذلك ، قال:

---

([1]) أنظر: مثال: الأشتراك في السرقة حيث أن أمن الجماعة هو المنظور اليه في الحكم المستحسن.

([2]) أنظر: مثال نقض الوضوء بالقهقهة, في أمثلة الإستحسان بالنص.

(وحاصل هذه العبارات أن الإستحسان هو ترك العسر لليسر وهوأصل في الدين)[1]، قال تعالى:

(يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر)[2].

ومن عباراتهم الصريحة أيضا: ما جاء في التعريفات للجرجاني:

(أن الإستحسان هو ترك القياس والاخذ بما هو أرفق للناس).

وأما المالكية فإن مجرد النظر الى تعريفاتهم للإستحسان يكفي لمعرفة أن الإستحسان أخذ بالمصلحة.

يقول إبن العربي:

(أن مالكا كان يستحسن بالمصلحة)[3].

ويقول الشاطبي :

(الإستحسان هو ترك القياس حينما يؤدي الى حرج ومشقة في بعض موارده)[4]، وميلان الإستحسان نحو التخفيف والمصلحة واضح من عدة مسائل صرح فيها الإمام الشافعي وأصحابه بلفظ الإستحسان[5].

ومثل هذا يفهم من مسائل استحسن فيها الإمام أحمد وأصحابه[6].

---

([1]) المبسوط: 145/10.

([2]) سورة البقرة: 185.

([3]) أنظر: له: أحكام القران : 754/2-755.

([4]) الموافقات: 205/4-206.

([5]) أنظر الفصل الأول من الباب الثاني.

([6]) أنظر: المسودة: 453, وشرح مختصر الروضة: 204/3. وشرح الكوكب المنير: 387.

وأرى أن هذا النوع من الإستحسان مما لا يحتاج الى توضيح وبيان لكثرة مسائله وأما ما يحتاج الى شيء من الأيضاح، فهو الإستحسان الذي ليس بتخفيف.

فقد سبق أن بينت أن تعبير السرخسي بـ (الأوفق) عند تعريفه للإستحسان فيه أشعار بوجود مسائل استحسانية لا تتجه نحو التخفيف، لأن التوفيق يعني الصلاح في المأل، وما كان صالحاً في المأل لايشترط كونه صالحا في الحال .

هذا بالنسبة الى الحنفية ، وأما بالنسبة الى المالكية فقد رأينا إبن رشد يذكر نوعين من الإستحسان في تعريفه هما: التخفيف ، والمفارقة، وهو يريد بالمفارقة . نفس ما عناه جمهور الحنفية بالإستحسان بالقياس الخفي ، وذلك بناء على انعدام علة القياس في موضع الإستحسان بقطع النظر عن التخفيف وعدمه.

ومما يؤكد أيضاً وجود مسائل استحسانية غير متجهة نحو التخفيف عند المالكية : أطلاق بعضهم عبارة: (استحسان الرفق)[1] إذ أن إطلاق هذه العبارة يؤخذ منه وجود استحسان ليس كذلك .

وأوضح من ذلك قول إبن رشد في بداية المجتهد:

(والإستحسان في أكثر الأحوال التفات الى المصلحة والعدل)[2].

---

([1]) أنظر: المنتقى: 54/6.

([2]) أنظره: 201/2.

وهذا يعني وجود مسائل استحسانية ليس الباعث على العدول فيها التخفيف، أو جلب مصلحة على غرار المصالح التي أعتيد أطلاق لفظ المصلحة عليها، وهي المصالح المادية.

ونخلص بما تقدم الى أن الإستحسان في أكثر مسائله يشتمل علىدفع حرج و ضرر وفي قلة من مسائله لا يتجه الاتجاه المذكور، وهذه القلة القليلة نجدها في استحسان النص[1]. وفيما اصطلح عليه جمهور الحنفية بالإستحسان بالقياس الخفي[2]. أما المالكية فإنهم وإن لم يستخدموا مصطلح القياس الخفي، إلاّ أن ما لم يتجه من مسائلهم الإستحسانية نحو التخفيف فمن الممكن عده من القياس الخفي[3]، وأما سائر الأنواع الأخرى فإنها مائلة نحو التخفيف ودرء الضرر ومن ذلك استحسان العرف والإستحسان بمراعاة الخلاف.

هذا وقد سبقت الأشارة الى أمثلة للإستحسان الذي ليس بتخفيف، ولا داعي للأطالة بذكر تلك الأمثلة هنا، وما ينبغي قوله في الختام أن المصادر المتوفرة تؤكد أن استحسان المالكية أكثر توجهاً للأخذ بالمصلحة من استحسان الحنفية .

---

([1]) كما في حديث القهقهة.

([2]) كما في الأشتراك في لاسرقة, وشهود الزوايا.

([3]) وهو مثال الفار بماشيته.

# الفصل الرابع

# تكييف الإستحسان, وقضايا أخرى متعلقة بذلك

فيه أربعة مباحث :

المبحث الأول: الإستحسان وتخصيص العلة

المبحث الثاني: علاقة الإستحسان بالقياس والمصلحة المرسلة

المبحث الثالث: تعدية الحكم المستحسن

المبحث الرابع: حكم العمل بالقياس المتروك

**تمهيد**

إذا كان الإستحسان عدولا عن قياس إلى قياس أخر أو نص أو إجماع, أو ضرورة, فهل أن علة القياس المعدول عنه موجودة في موضع الإستحسان وتخلف حكمها لوجود مانع من نص أو إجماع أو ضرورة أو قياس أخر, أو أن الحكم أنعدم لانعدام العلة؟

فإذا قلنا أن العلة موجودة في موضع الإستحسان, فإن هذا يعني وجود تعارض بين الدليل المعدول عنه والمعدول إليه , وبالتالي يكون الإستحسان إخراجا للمسألة المستحسن فيها عن نظائرها ومن ثم كان تخصيصاً.

وإذا قلنا أن الحكم الذي يقتضيه القياس الظاهر منعدم لانعدام العلة كان ذلك يعني انتفاء ما تقدم ذكره.

ولقد اختلف القائلون بالإستحسان بهذا الخصوص منهم من ذهب إلى أن الإستحسان تخصيص للعلة, ومنهم من نفى كونه كذلك, ومنهم من توسط الاتجاهين المذكورين وعلى النحو الذي يأتي تفصيله.

ولقد قال الأصوليون في شرح وبيان ما تقدم أموراً كثيرة لا بد من معرفتها ليتسنى لنا الوقوف على كيفية أجراء الإستحسان .

وهنالك أمور أخرى رأيت درجها في هذا الفصل, ولذا فإن هذا الفصل يتضمن المباحث الأربعة الآتية:

المبحث الأول: الإستحسان وتخصيص العلة.
المبحث الثاني: علاقة الإستحسان بالقياس والمصلحة المرسلة.
المبحث الثالث: تعدية الحكم المستحسن.
المبحث الرابع: حكم العمل بالقياس المتروك.

## المبحث الأول

## الإستحسان وتخصيص العلة

للعلماء ثلاثة اتجاهات في كون الإستحسان مخصصا للعلة أو غير مخصص لها وسأفرد للحديث عن كل اتجاه مطلباً مستقلاً.

ولكن قبل أن استعرض آراء القائلين بالإستحسان بهذا الخصوص, لا بد من التمهيد لذلك ببيان معنى تخصيص العلة, لذلك فإن هذا المبحث سيتضمن تمهيدا وثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الاتجاه القائل- بأن الإستحسان ليس من باب تخصيص العلة.

المطلب الثاني: الاتجاه القائل-أن الإستحسان تخصيص للعلة.

المطلب الثالث: الاتجاه القائل بالتفصيل.

**تمهيد**

(في بيان معنى تخصيص العلة)

التخصيص لغة: يقال: خصه الشيء , يخضه: أفرده دون غيره[1].

وأما اصطلاحاً : فقد عرفه الجرجاني في التعريفات والباجي في الحدود بأنه عبارة عن: ( قصر العام على بعض منه بدليل مستقل مقترن به)[2].

قال الجرجاني: و احترز (بمستقل) من الاستثناء والشرط والغاية والصفة فإنها وإن لحقت العام لا يسمى مخصوصاً .

و احترز (بالمقترن) عن النسخ – لأنه متراخ –.

وقال إبن العربي : التخصيص هو:

(رفع لبعض ما يتناوله العموم)[3].

هذا وقد إتفق الأصوليون على أن التخصيص من عوارض الألفاظ حقيقة وأما في المعاني فقد نفاه الأكثرون وأثبته الأقلون منهم إبن الحاجب[2] وقال الطوفي:

(والتحقيق أنه حقيقة في الأجسام إذ العموم لغة الشمول ولا بد فيه من شامل ومشمول كالقلة والعباءة لما تحتهما)[3].

وأما تخصيص العلة فالمراد به:

---

([1]) لسان العرب: 1173/2

([2]) منتهى الوصول: 102, وشرح مختصر الروضة: 2/488–450.

([3]) شرح مختصر الروضة : نفس الإشارة.

(تخلف الحكم في بعض الصور عن الوصف المدعى علة لمانع)[1].

وقد سمى بعض الأصوليين تخلف الحكم عن العلة لمانع : نقضاً[2].

ووجه ذلك:

إن من لم يعتبر تخلف الحكم عن العلة قادحاً في العلية سماه تخصيصا ومن عده قادحاً سماه : نقضاً .

وبما أن العلة: معنى والمعنى لا عموم له عند الجمهور على ما تقدم أورد عبدالعزيز البخاري سؤالا وأجاب عنه :

(وقد يسأل سائل: أن العلة هي معنى والمعنى لا عموم له فكيف تخلفها في بعض المواضع يسمى تخصيصا؟) فأجاب قائلاً :

(إنما سمي تخصيصا لأن العلة وإن كانت معنى ولا عموم للمعنى حقيقة لأنه في ذاته شيء واحد , ولكن باعتبار حلوله في محال متعددة يوصف بالعموم فإخراج بعض المحال التي توجد فيها العلة عن تأثير العلة فيه وقصر العمل على الباقي يكون بمنزلة التخصيص, كما أن إخراج بعض أفراد العام عن تناول اللفظ العام وقصره على الباقي تخصيص)[3].

---

([1]) كشف الأسرار علىأصول البزدوي: 32/4. والتلويح: 87/2. والتعريفات: 35-36. والوجيز للكراماساتي: 188-189.

([2]) اللمع : 114, والابهاج: 84/3, و منتهى الوصول: 171, وأرشاد الفحول: 224, وشرح تنقيح الفصول: 339, والتوضيح: 85/2-86, وشرح مختصر الروضة: 501/3, والتعريفات: 134.

([3]) كشف الأسرار لعبدالعزيز البخاري: 32/4, وللنسفي: 313/2, والتلويح: 87/2.

## المطلب الأول

## الاتجاه القائل: بأن الإستحسان ليس من باب تخصيص العلة

وهذا المطلب يتضمن فرعين:

الفرع الأول: بيان هذا الاتجاه وقضايا أخرى متعلقة به.

الفرع الثاني: موقع النص والإجماع من (المعنى المغير).

### الفرع الأول

### بيان هذا الاتجاه وقضايا أخرى تتعلق به

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول:

بأن الإستحسان ليس من باب تخصيص العلة مطلقاً , لأن انعدام الحكم الذي يقتضيه القياس-الظاهر- هو لانعدام العلة الموجبة لذلك الحكم في موضع الإستحسان , لا لوجودها مع وجود مانع منع من ثبوت حكمها وممن قال بذلك بعض الحنفية منهم السمرقندي, والبزدوي, وصدر الشريعة , والسرخسي , وعبدالعزيز البخاري, والنسفي, وغيرهم من مشايخ سمرقند من الحنفية , وهو مذهب بعض الحنابلة كالقاضي أبي يعلى[1].

**وفيما يأتي أبرز ما قالوه في انعدام العلة وكيفية ذلك:**

قال السرخسي:

(إن الإستحسان قد يكون بالنص, وبوجود النص تنعدم العلة الثابتة بالرأي , لأنه لا معتبر بالعلة أصلا في موضع النص ولا في معارضة حكم النص , وكذلك الإستحسان إذا كان بسبب الإجماع , لأن

---

([1]) ميزان الأصول: 903/2, وأصول البزدوي .

الإجماع كالنص من الكتاب والسنة في كونه موجبا للعلم, وكذلك ما يكون ضرورة , فإن موضع الضرورة مجمع عليه أو منصوص عليه ولا يعتبر بالعلة في موضع النص فكان إنعدام الحكم في هذه المواضع لانعدام العلة , وكذلك الإستحسان إذا كان بقياس مستحسن ظهر قوة أثره لأن الضعيف في معارضة القوى معدوم حكما)[1].

وتجدر الإشارة إلى أن التفتازاني أورد في هذا المقام سؤالاً وأجاب عنه فقال: فإن قيل كيف يجوز التمسك بالقياس مع وجود النص والإجماع؟).

الجواب: أنه لا يتمسك بالقياس إلاّ عند عدم ظهور النص أو الإجماع[2].

ثم قالوا في وجه إنعدام العلة:

(إن العلة وإن كانت مؤثرة ففيها إحتمال الخطأ والفساد, وهي تحتمل الإعدام حكماً , فإذا وجد ما يغيرها جعلت معدومة حكماً في ذلك الموضع فيكون عدم الحكم لإنعدام العلة)[3].

وهذا يعني أن حصول التغيير في العلة هو السبب في الإنعدام .

وقال السرخسي بخصوص هذا التغيير الذي يحصل به الإنعدام:

---

([1]) أصوله : 213/2, وكشف الأسرار للنسفي والمغني: الإشارة السابقة. وكشف الأسرار لعبد العزيز البخاري: 40/4, وفيه: من شرط القياس عدم هذه الأدلة.

([2]) التلويح: 82/2. ومراده بالظهور على ما أرى ورودها في نفس موضع الإطراد : القياس كنص السلم في موضع منع بيع ما ليس بموجود.

([3]) أصول السرخسي: 215/2, وكشف الأسرار للنسفي ولعبد العزيز البخاري: الإشارة السابقة.

(إن إنعدام الحكم – في موضع الإستحسان– لا يكون إلا بعد نقصان وصف أو زيادة وصف وهو الذي يسميه المجوزون لتخصيص العلة: مانعاً مخصصاً . وبهذه الزيادة والنقصان تتغير العلة لا محالة فيصير ما هو علة الحكم منعدما حكماً)[1].

وقال أيضاً :

(ففي كل موضع ينعدم بعض أوصاف العلة كان انعدام الحكم لانعدام العلة فلا يكون تخصيصاً)[2].

ثم بين صدر الشريعة العلة التي يحصل لها الانعدام فقال:

(إن ترك القياس بدليل أقوى لا يكون تخصيصاً , لأنه ليس بعلة حينئذ, ولأن القياس : ما يلزم من وجوده وجود الحكم , بدليل الإجماع على وجوب تعدية الحكم إذا علم وجود العلة في الفرع من غير تقييدهم بـ (عدم المانع) مع أن هذا التقييد واجب , فعلم: أن عدم المانع حاصل عند وجود العلة فهو – أي عدم المانع– إما ركن العلة أو شرطها , فإذا وجد المانع فقد عدم العلة)[3].

وخلاصة ما أراد قوله:

إن عدم طروء ما يغير العلة بزيادة وصف أو نقصه قد أشترط ابتداء عند وجود العلة , وما دام كذلك فإن حصوله يعني انعدام العلة لأنها باقية والمانع منع من ثبوت حكمها, واستدل صدر الشريعة على

---

([1]) أنظر: أصوله: 212/2, ولمثل ذلك أيضا: التوضيح: 88/2-89.

([2]) أنظر: أصوله:/ 204/2

([3]) التوضيح: 88/2.

صحة ما ذهبوا إليه من جعل عدم المانع ركنا أو شرطا للعلة, بالاستناد إلى مقدمتين توصلان إلى تلك النتيجة هما:

أولاً. إن العلماء مجمعون على وجوب تعدية حكم العلة لكل موضع توجد فيه هذه العلة.

ثانياً. إنهم مجمعون أيضا على أن لا تعدية عند وجود مانع.

والنتيجة : أنه كان يجب تقييد العلة بعدم المانع.

وقال التفتازاني:

ولكن العلماء لما لم يتعرضوا لذكر هذا القيد الذي هو عدم المانع مع أنه معلوم قطعا وعلى النحو المذكور, فإن ذلك يعني أن العلة في حقيقتها هي: (ما يستجمع جميع ما يتوقف عليه التعدية)[1].

أقول: وهذه هي التي تسمى بالعلة التامة, أو العلة الكاملة.

وتوصلنا بهذا إلى أن العلة التي هي مدار الكلام هي العلة التامة, وليس من الممكن فهم ما تقدم إلا ببيان ماهية هذه العلة التامة.

**المراد بالعلة التامة**

ورد آنفاً تعريف التفتازاني للعلة التامة :

وعرفها الجرجاني بأنها:

(جملة ما يتوقف عليه وجود الشيء) أو (ما يجب وجود المعلول عندها)[2].

---

(1) التلويح: 88/2.

(2) التعريفات: 88, وقدعرف الشيخ أبي منصور الماتريدي العلة بأنها(المعنى الذي إذا وجد يجب به الحكم معه) نظر: ميزان الأصول: 828/2.

وعليه , فلا بد من تحديد الأمور التي يتوقف عليها وجود العلة التامة , والتي بالتالي إذا وجدت وجب الحكم بها معها, وفيما يأتي هذه الأمور :

ذكر غير واحد من الحنفية: أن الأمور المعتبرة في العلة هي:

أولاً. ما يضاف إليه الحكم , أي الموضوع لموجبه ويسمى (بالعلة إسماً) وهذا ما يراد بـ (الوصف), مثل (الجهالة) كعلة لفساد العقد.

ثانياً. التأثير: أي المعنى الذي من أجله صار الوصف علة ويسمى بـ (العلة معنى) وهذا المعنى يراد به: (الحكمة) على التفصيل الذي تقدم.

ومثاله : الإفضاء إلى النزاع باعتباره المعنى الذي من أجله صار وصف الجهالة علة.

ثالثاً. حصول الحكم معهما بالزمان من غير تراخ[1]: أي أن وجود الوصف مع وجود معناه , يستلزمان وجود الحكم فإذا وجدت الجهالة و وجد معناها: وجب الحكم بفساد العقد.

وإذا علمنا أن المراد بالعلة التي تنعدم في موضع الإستحسان هي العلة التامة , وعلمنا أن التأثير جزء منها[2]. وأن التأثير هو مدار الإستحسان , فإن انعدام العلة في موضع الإستحسان يراد به انعدام

---

([1]) مرآة الأصول: 247, وكشف الأسرار للنسفي وبأسفله شرح نور الأنوار: 414/2. والتقرير والتحبير: 161/3. والتوضيح: 131/2. وشرح المنار لإبن ملك: 321.

([2]) أعتبر السمرقندي: (العلة معنى) ركن العلة أنظر: ميزان الأصول: 847/2, 852-853.

التأثير , ويظهر بذلك أنهم لا يعدون الوصف وحده علة[1], بل العلة عندهم هو (التأثير).

أو بعبارة أخرى: أنه لا عبرة عندهم بما يظهر, بل العبرة لقوة الأثر.

ولا يخفى بعد هذا من أن المراد بعدم المانع: هو: وجود التأثير في إطراد القياس , أو بعبارة أخرى: اقتران الحكم بالوصف لوجود التأثير .

وبالتالي فإن وجود المانع يعني: انتفاء التأثير الذي يستلزم عدم ثبوت حكم الوصف لأنه ليس بعلة حينئذ.

وما دام أن التأثير هو المناط في ثبوت حكم الوصف فإن كل وصف يتعلق به حكمان تبعا لوجود التأثير وعدمه.

أولهما: ثبوت حكم الوصف تبعاً لوجوده وهو القياس

ثانيهما: عدم ثبوت حكم ذلك الوصف لانعدام التأثير, وهو الإستحسان.

هذا وقد نفى السمرقندي كون الإستحسان من باب تخصيص العلة.

ثم بين كيفية الإستحسان بحسب منظورهم بقوله:

(لأننا لا نقول أن معنى القياس[2] في موضع الإستحسان[3] قائم ولا حكم

---

([1]) المنار وشرحه للنسفي: 316/2, والتقرير والتحبير: 162/3. ومسلم الثبوت. 279/2.

([2]) وهو وجود النزاع الذي هو مضمون وصف الجهالة.

([3]) وهو الجهالة اليسيرة في باب الوكالة.

له[1], بل تبين[2] أن ذلك المعنى[3] لم يتعلق الحكم به وحده بل به[4] وبالمعنى الذي وجد في موضع الإستحسان[5], فينعدم الحكم[6] في موضع القياس لعدم المعنى الموجب لذلك الحكم[7] بعدم معنى زائد[8], لا أنه علة الحكم في موضع الإستحسان مع قيامه)[9] ثم قال:

(فدل على أنه ليس من باب تخصيص العلة).

ومثال ذلك:

قال الحنفية باستحسان الحكم بعدم إفساد الجهالة اليسيرة لعقد الوكالة, لأنها مبنية على المسامحة فلا تفضي إلى النزاع[10].

وهنا يقال في ضوء كلام السمرقندي الذي فيه شرح وبيان لكل ما تقدم.

إن العلة هي: (الجهالة عند إفضائها إلى النزاع لا عند العلم بعدم إفضائها للنزاع) , فالعلة مؤلفة من فقرتين معاً وفي آنٍ واحد.

---

([1]) وهو فساد العقد.

([2]) بالتأمل أو بورود نص أو إجماع أو الضرورة الراجعة إليهما.

([3]) أي وجود المنازعة.

([4]) بوجود النزاع وكذا.

([5]) وهو انعدام المنازعة: أي أن الحكم له تعلق بمعنيان في أن واحد, بوجود المنازعات وبانعدامها, بالفساد في الأول وبالصحة في الثاني.

([6]) الفساد.

([7]) أي لانتفاء: وجود المنازعة القاضي بالفساد.

([8]) أي أن الموجب للحكم بالفساد هو النزاع وقد إنعدم فلم يبق ما يستوجب إثبات غير الحكم الذي ثبت استحسانا.

([9]) أي: ولا نقول أن وصف الجهالة علة قائمة في موضع الإستحسان.

([10]) شرح فتح القدير: 28/6-29, وبدائع الصنائع: 23/6.

**<u>الفقرة الأولى</u>**: وصف الجهالة مع إفضائها إلى المنازعة: ( وهو المعنى القياسي).

**<u>الفقرة الثانية</u>**: وصف الجهالة مع العلم بعدم إفضائها إلى المنازعة: (وهو المعنى الإستحساني).

فعند تحقق الفقرة الأولى بحكم بفساد العقد, وهو الحكم القياسي.

وعند تحقق الفقرة الثانية وهي انعدام المعنى الذي صار وصف الجهالة من أجله علة مع بقاء وصف الجهالة – أي صورتها– : يثبت حكم مخالف وهو الحكم بعدم فساد العقد كما في المثال المذكور.

ويظهر بذلك أن الحكم الثابت استحساناً هو حكم مخالف للقياس الظاهر الذي ظهر نتيجة النظر إلى الصور والألفاظ (الأوصاف الظاهرة), وأما إذا نظر إلى المعنى المؤثر الخفي فلا يعتبر عدم الحكم بفساد العقد حكماً ثابتاً على خلاف القياس حقيقة وإن كان مخالفا للقياس بحسب النظر إلى ظاهر وصف الجهالة .

ومن هنا قالوا:

(الإستحسان على اعتبار الصورة يتراءى وكأنه تخصيص)[1].

وبهذا فإن التعارض ليس حقيقيا بل هو تعارض من حيث الظاهر, لأننا لو قلنا أن الجهالة علة لفساد العقد لتلافي المنازعة التي تنشأ دائما أو غالباً بسببها فإن هذا المعنى غير موجود في الجهالة القليلة في باب الوكالة.

---

([1]) أصول السرخسي: 204/2. وكشف الأسرار على أصول البزدوي: 8/4.

واعتبار (الجهالة) وصفا ظاهرا أو صورة أو لفظاً هو لأنها بمثابة العبارة , بدليل أنها قد ترد بدون المعنى الذي من أجلها صارت علة, ومن هنا قالوا :

(إن العلة وإن كانت مؤثرة , فإنها تحتمل الخطأ والفساد وهي تحتمل الإعدام حكما, فإذا جاء ما يغيرها جعلناها معدومة..)

ويعدّ تفسيراً لما تقدم قولهم:

(التخصيص إنما يرد في العبارات و الألفاظ دون المعاني الخالصة)[1] .

وأما قولهم أن العلة تتغير بزيادة وصف أو نقصان وصف وإذا جاء ما يغيرها جعلناها معدومة فمعناه:

إن العلة– في المثال المذكور– كانت مطلق الجهالة فبكونها قليلة وفي باب الوكالة ازدادت أوصافاً غيرت معنى العلة حيث علم بها عدم إفضائها إلى المنازعة.

فانعدمت الفقرة الأولى , فطروء هذه الوصاف بحسب تعبير صدر الشريعة أصبح مانعاً[(2)] من ثبوت حكم الفقرة الأولى التي لولا هذه الأوصاف لثبت حكمها.

وخلاصة مذهب هؤلاء:

---

([1]) أصول السرخسي: 211/2. وأصول البزدوي وعليه الكشف : 39/4, وقد تقدم بيان أن العموم من عوارض الألفاظ, كما ورد في معرض الكلام عن تعريف أبي الحسين البصري: أن التخصيص من صفات الألفاظ, ولعل ما قاله الطوفي من أن العموم حقيقة في الأجسام وما مثل به يقرب الصورة.

([2]) ذلك لأن أصحاب هذا الاتجاه يعبرون عن المانع بـ (المعنى المغير) ثم أن صدر الشريعة هو من المانعين من تخصيص العلة على ما مر ومع ذلك يعبر بالمانع وهو اصطلاح فلا حرج.

أن الحكم في العلل المؤثرة له تعلقان في أن واحد معاً: تعلق بوجود التأثير وتعلق بانعدامه , ففي الأول يثبت الحكم قياساً , وفي الثاني تنتفي العلة وبالتالي يثبت حكمها استحساناً .

ولسائل أن يسأل : هل أن الإستحسان في جميع صوره جار على وفق ما هو وارد بخصوص المثال المتقدم؟ بمعنى أن يكون الإستحسان تعارضا بين اللفظ والمعنى؟

والجواب هو: النفي, وسأبين ذلك من خلال المثالين الآتيين:

ذكر كل من السرخسي وعبدالعزيز البخاري تفسيرين لمثال سؤر سباع الطير أذكرهما فيما يأتي[1]:

**<u>التفسير الأول</u>**

إن المعنى الموجب لنجاسة السؤر هو اختلاط الرطوبة النجسة وقد انعدم ذلك في سؤر سباع الطير لكونها تشرب بمنقارها وهو عظم جاف, وهنا نجد أن الحكم انعدم لانعدام المعنى الذي من أجله كان القياس يقضي بنجاسة ذلك السؤر.

فالعلة على هذا الأساس كانت:

(الرطوبة النجسة التي تختلط بالسؤر).

وإذا جزئنا هذه العلة التامة وجدناها متألفة من فقرتين:

أولاهما: الرطوبة النجسة وقد اختلطت.

ثانيهما: الرطوبة النجسة غير المختلطة.

---

([1]) أصول السرخسي: 204/2, وكشف الأسرار: 7/4 وما بعدها.

فوجدت الفقرة الأولى بحق سباع البهائم , وانتفى الاختلاط الذي تعلق به القصد[1]. في سباع الطير فانتفت الأولى وبرزت الثانية بصورتها دون المعنى , فوجود المنقار وصف غير العلة على النحو المذكور.

وواضح من هذا التفسير أن العلة الموجبة للنجاسة منتفية.

وهذا التفسير موافق لما تقدم ذكره في مثال (الجهالة) حيث أن ذات المعنى الذي من أجله كان الوصف علة–وكان حكم القياس– منتف في موضع الإستحسان غير أن انتفاء المعنى في سؤر السباع مما يمكن إدراكه بالحس وفي الجهالة يدرك بالعقل.

والذي يهمنا بالدرجة الأساس بخصوص هذا التفسير هو:

أن الإستحسان هنا هو إستحسان مفارقة , بمعنى أنه عند النظر إلى الوصف الظاهر–الصورة–[2] يبدو وكأن موضع الإستحسان: موضع من مواضع القياس, ولكن بعد التأمل يتضح أن المعنى الذي من أجله صار الوصف علة–أي من أجله كان حكم القياس – منعدم في موضع الإستحسان.

**التفسير الثاني**

إن المعنى الموجب لنجاسة السؤر وهو اختلاط الرطوبة النجسة متحققة ولكن استحسن الحكم بطهارة السؤر لأن سباع الطير تنقض من

---

([1]) فالاختلاط يعني تنجس السؤر والنجاسة ضرر فتحريم السؤر يعني دفع الضرر, فالقصد شامل لكل ما تقدم, وهو ما يراد بالمعنى الذي من أجله صار الوصف علة.

([2]) أي التصور الذهني: حيث أن سباع الطير مثل سباع البهائم بجامع حرمة تناول لحم كل منهما والذي يقضي بنجاسة لعابها المتولد من لحمها , إلى غير ذلك مما هو مفصل في كتب الحنفية, أنظر تفصيل ذلك في كشف الأسرار على أصول البزدوي: 6/4 وما بعدها.

الهواء فيشق صون الأواني منها ولا سيما في الصحراء, وهنا قالوا أيضا أن الحكم منعدم لانعدام العلة, لأن العلة هي:

(وجوب التحرز عن الرطوبة النجسة التي لا يمكن التحرز عنها من غير حرج).

فهذا ما نص عليه السرخسي وغيره[1].

وواضح هنا أن المعنى المشار إليه وهو التنجس متحقق , ولكنهم لم يثبتوا الحكم الذي يقتضيه التنجس وهو حرمة التناول أو الاستعمال , لأن إثبات هذا الحكم يؤدي إلى إيقاع الناس في الحرج.

وإذا قطعنا النظر عن اتجاه هؤلاء: نقول: الإستحسان هنا ليس مفارقة بل هو (التخفيف) , وذلك لأن المعنى الذي تعلق به القصد موجود ولكنهم أثبتوا حكما مخالفا لما يقتضيه المعنى من أجل التخفيف.

ومعلوم أن تحريم السؤر كان من أجل دفع النجاسة: أي دفع الضرر الناجم عن تناول ذلك السؤر, وهذا هو ذات المصلحة (الحكمة). وهي موجودة في تطبيق ما يقتضيه القياس وهو الحكم بتحريم تناول سؤر سباع الطير, وعلى هذا فإن التعارض هنا ليس بين اللفظ والمعنى[2] بل هو بين حكمة هي: دفع الضرر المتولد عن النجاسة وبين حكمة هي: دفع الحرج, والحكمة هي معنى, فالتعارض واقع بين مصلحتين ومن ثم

---

([1]) ينظر كشف الأسرار: 8/4, وأصول السرخسي: 204/2. ومما يدل أيضا على أنهم قالوا ذلك بعد فرض حصول الاختلاط: أنهم قاسوا المسألة على طواف الهرة.

([2]) كما في التفسير السابق.

تغليب للمصلحة الأقوى[1]. ولعل هذا هو السبب في أن الحنفية يصفون القياس المتروك بضعيف الأثر بدلاً من عديم الأثر.

ولهذا قال السرخسي: أن الضعيف في معارضة القوي (معدوم حكما). أي لا حقيقة وحاصل كلام أن السرخسي لما ذكر التفسيرين السابقين معاً كان في ذلك إشارة إلى أن الإستحسان نوعان:

نوع يثبت بناء على انعدام المعنى الذي تعلق به القصد, كما في التفسير الأول , ومثال الجهالة ونوع يثبت وهو ترجيح لمصلحة على مصلحة أخرى كما هو مذكور في التفسير الثاني ولعل هذا هو المراد بقول صدر الشريعة:

إن عدم المانع إما ركن العلة أو شرطها.

فالتغير (المانع) قد يكون انعداما لمعنى العلة الذي هو ركنها (كما في التفسير الأول) وقد يرد ذلك المعنى المغير ومعنى العلة قائم... كما في التفسير الثاني.

فبالاعتبار الأول يكون عدم المانع ركنا للعلة, لأن الركن هو ما توقف عليه وجود الشيء وكان داخلا في ماهيته , فانعدامه يعني انعدام العلة , لأن الشيء لا يبقى بعد فوات ركنه .

---

([1]) ولهذا نجد بعض الباحثين يقولون أن الإستحسان نوعان: وهما الإستحسان القياسي واستحسان الضرورة, أنظر المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية : تأليف الأساتذة: الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي , والدكتور حمد عبيد الكبيسي, ومحمد عباس السامرائي , ص 68.

وبالاعتبار الثاني يكون شرطا, لأن الشرط هو ما توقف عليه وجود الشيء وكان خارجاً عن ماهيته , فالحرج خارج عن الرطوبة النجسة , ومع ذلك فإن ثبوت حكم العلة متوقف على (عدم الحرج).

والواقع أن ذكر السرخسي للتفسيرين السابقين, وكذا ما قاله صدر الشريعة بخصوص عدم المانع: كان يقتضي أن يعدوا الإستحسان نوعين: نوعا مخصصا للعلة ونوعا ليس كذلك, على النحو الذي قال به إبن رشد من المالكية حيث جعل الإستحسان على ما ظهر من تعريفه له نوعين: تحفيف ومفارقة.

ومع ذلك فإنهم قالوا (بإطلاق), أن الإستحسان ليس تخصيصا للعلة , دون التفرقة بين نوع وآخر وبين صورة وأخرى.

وتجدر الإشارة إلى أن التفتازاني وإبن الهمام وغيرهما قالوا:

(إن عدم المانع عند المانعين من تخصيص العلة – وهم أصحاب هذا الاتجاه – : شرط لوجود العلة)[1].

وقال إبن أمير الحاج :

(الخلو من المانع عند المانعين هو جزء العلة)[2].

أقول: ولكن الذي قاله صدر الشريعة من أن عدم المانع إما ركن العلة أو شرطها يفيد: أنه قد يكون جزء العلة ( أي داخلا في ماهيتها) , وهو بذلك يكون ركنا, وقد لا يكون جزءا من ماهيتها, بل شرطا لثبوت حكمها , وقد تقدم ذكر التفسيرين ويمكن أن يقال: أن صدر الشريعة أراد

---

([1]) أنظر: التلويح: 87/2, والتقرير والتحبير: 265/3.

([2]) أنظر: التقرير والتبحبير: 162/3.

بـذلك بيـان موقـف كـل مـن المـانعين والمجـوزين لأن عـدم المـانع عنـد المجوزين ليس شرطا لوجود العلة, بل شرط لظهور الأثر عن العلة أي: لثبوت حكمها[1].

ويمكن أن يقال: أن عدم الحرج لما اشترط عند وجود العلة كان بمثابة جزء من ماهيتها, لأنه قد ثبت بنصوص عدة صريحة وقاطعة من الكتاب والسنة أن الحرج مرفوع.

قال السرخسي: (الحرج مرفوع بالنص)[2].

وظهر بذلك : أن التأثير جزء من العلة التامة.

ويبنى على ذلك :

أولاً. إن وجود التأثير (مع الوصف الذي هو أمارة دالة على الحكمة) يستلزم وجود الحكم, ولا يجوز تخلفه, لأننا إذا علمنا أن هذا المعنى المؤثر هو المقصود للشارع فيكف يجوز أن يوجد ولا يوجد معه الحكم, وكيف يجوز أن يقال بوجود تعارض حقيقي بين دليلين شرعيين, إن في ذلك نسبة للتناقض إلى الشرع وهو محال)[3].

ثانياً. إن انعدام التأثير يعني انعدام العلة.

ثالثاً. إن الوصف وحده لا يكون علة فهو وإن كان موجودا بصورته إلاّ أنه في حكم المعدوم لأن ما به الوصف يكون علة هو التأثير[4].

---

([1]) التلويح والتقرير والتحبير: الإشارة نفسها. .

([2]) أنظر أصوله: 203/2.

([3]) أنظر مثلا: ميزان الأصول: 901/2-902

([4]) وهو أيضاً ما لا به يعقل كون الوصف علة, أنظر المصدر نفسه :910/2.

رابعاً. إن الكلام هو في العلة الشرعية والحكم الشرعي , وبالتالي فإن التأثير يراد به الحكمة المقصودة للشارع , وعليه فإذا انتفى مقصود الشارع يجب انتفاء الحكم, ومن هنا نص غير واحد من القائلين بالإستحسان على أن القياس المتروك واجب الترك لا جائز العمل[1].

## الفرع الثاني

## موقع النص والإجماع من (المعنى المغير)

النص والإجماع متى وجدا في موضع لا عبرة بالقياس, هذا ما نص عليه علماء الحنفية – على ما سبق إيراده – وأوضح من ذلك ما قاله النسفي وهو:

إن النص موجب بصيغته[2].

والذي يبدو لي أن هذا الكلام موضع نظر, ولا سيما أن النسفي من المانعين من تخصيص العلة وهم يعبرون عن المانع بالمعنى المغير, ولفظ المعنى وإن كان من الممكن حمله على (الدليل) إلا أن دلالته على المعنى ذاته أجلى وأوضح بحسب ما يبدو لي, والواقع أن هنالك بعض الدلائل تشير إلى أن المعنى في استحسان النص كان مقصودا أيضاً , وأن العدول إليه لم يتم لمجرد الصيغة على ما ذكر النسفي, ومن تلك الدلائل ما يأتي:

---

([1]) أنظر: أصول السرخسي: 201/2, والتلويح: 87/2.
([2]) أنظر له: كشف الأسرار: 316/2.

أولاً. عدهم استحسان النص والإجماع تخصيصا, فلو كان المنظور إليه في النص صيغته لكان من المفروض أن يعدوا الإستحسان الثابت به وكذا بالإجماع تخصيصاً وإذ لم يعتبروهما تخصيصا, تبين أن المعنى كان مرادا أيضا.

يقول السرخسي بخصوص التعارض بين القياس والإستحسان:

(وإنما سميناهما تعارض الدليلين باعتبار أصل الوضع في كل واحد من النوعين لا أن بينهما معارضة في موضع واحد)[1].

وتوضيح ذلك بخصوص استحسان النص, أن يقال:[2]

لما ورد النص بجواز السلم, تبين أن العلة في منع بيع المعدوم وهي : منع بيع ما ليس بموجود, عند عدم الحاجة (أي عدم الحرج بالنتيجة). فمنع بيع المعدوم موضوع لحالة السعة, ونص السلم أجاز عقدا تمس إليه الحاجة بحيث كان يلحق الناس حرج لو لم يجوز, وبهذا فإن جواز السلم لم يرد في موضع منع بيع المعدوم حقيقة, ثم أنه لو فرضنا ورود نص السلم في موضع إطراد منع بيع المعدوم حقيقة- مع قطع النظر عن الحاجة- لكان ذلك يعني نقض العلة أساساً, لكنهم قالوا باتفاق: (أن العلة في موضع تخلف الحكم عنها صحيحة)[3].

---

([1]) أنظر: أصوله: 202/2.

([2]) ويمكن أن يفسر بصل التفسير الذي سبق لاستحسان العرف, بمعنى أن (الإفضاء إلى النزاع) والذي هو بمعنى الذي من أجله جعل وصف الجهالة علة قد انعدم في موضع العرف, لأن تعامل الناس ذاك يكون بمثابة التسمية, خاصة وقد جاء في صحيح البخاري: أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين..الخ) أنظره مع حاشية السندي: 30/20.

([3]) نقل عبدالعزيز البخاري اتفاق المانعين والمحجوزين لتخصيص العلة على ذلك أنظر له كشف الأسرار :42/4.

وما يهمنا هنا هو بيان: أن نص السلم نظر إلى معناه دون صيغته, إذ لو لم يعد معناه لكان يلزم عده مانعاً مخصصاً , ولما لم يعدوه كذلك, بل سموه معنى مغيرا تبين أن المعنى مراد أيضاً، على أنه يمكن أن يجاب عن كل ما تقدم بالقول :

ما دام المنظور إليه في الإستحسان هو (التأثير) ومقصود الشارع هو المراد بالتأثير بالدرجة الأساس, لم يكن الإستحسان الثابت بالنص تخصيصا لأن النص وكذا الإجماع مشتملان على الحكمة قطعا علمنا وجه الحكمة أم لم نعلم .

ثانياً. يقول الحنفية : لا عبرة بالظاهر لظهوره ولا للباطن لبطونه وإنما العبرة بقوة الأثر في مضمونه , وقد سبق بيان أن قوة الأثر يراد بها الحكمة مع الاعتبار الشرعي , ومن مظاهر المقولة ما يأتي:

1. إن الحنفية والمالكية تركوا ظواهر بعض النصوص بعد أن أدركوا معانيها والحكم المرادة منها , وأدركوا أن هذه المعاني والحكم منتفية في موضع الإستحسان, وقد سبق ذكر بعض الأمثلة لذلك عند تحديد أفراد المعدول عنه في الإستحسان كمثالي الارتداد. والرضاع وغيرهما. وأرى أن كلام إبن العربي المالكي يوضح ما تقدم إذ قال:

(أن أبا حنيفة كثيرا ما كان يترك ظواهر النصوص والأقيسة).

2. إن أكثر النصوص التي عدل إليها في الإستحسان إن لم أقل في جميعها. هي من أخبار الآحاد وبناء عليه أقول :

- أن الحنفية ردوا كثيرا من أخبار الآحاد لأسباب منها: عدم موافقتها لأصولهم , ومن ذلك حديث نقض الوضوء بمس الذكر[1].
- أن غير واحد من الأصوليين نصوا على أن الإمامين أبا حنيفة ومالكاً يقدمان القياس على خبر الواحد.

ومن تلك النصوص:

آ. قال الطوفي:

(الجمهور يقبلون خبر الواحد فيما يخالف القياس , خلافاً لمالك, وفيما يخالف الأصول أو معناها خلافا لأبي حنيفة) .

ثم قال: (والخبر مقدم عند الشافعي وأحمد)[2]

ب. قال الأمام أحمد بعد أن ذكر أن الحنفية يتركون القياس بالإستحسان: (أنا أذهب إلى كل حديث جاء ولا أقيس عليه).

قال أبو الخطاب , معناه: (أني اترك القياس بالخبر)[3].

أقول: واضح مما تقدم أن الأمام أحمد يرى أن الحنفية يتركون الخبر الواحد بالقياس .

جـ. قال القرافي :

(إن القياس مقدم على خبر الواحد عند مالك, لأن الخبر أنما ورد لتحصيل الحكم, والقياس متضمن للحكمة, فيقدم على الخبر) .

---

([1]) الفصل الثاني , المطلب الخاص بتعريف القياس.

([2]) شرح مختصر الروضة, 2/233-234.

([3]) المسودة: 452.

وزاد قائلاً :

(حكى القاضي في (التنبيهات), وإبن رشد في (المقدمات) في مذهب مالك في تقديم القياس على خبر الواحد قولين) ثم قال: (وعند الحنفية قولان أيضا)[1].

أقول: وإذا ثبت أن الحنفية والمالكية يقدمون القياس على خبر الواحد, لكون القياس متضمنا للحكم- والحكمة هي المدار في الإستحسان (التأثير)- فقد ثبت أن الحكمة مرادة في العدول إلى النص.

ومما يؤكد ذلك النصوص الصريحة للحنفية والمالكية بل وبعض الحنابلة في أن الحكمة هي العلة على الحقيقة , وأعيد هنا ذكر نصين لعلماء الحنفية هما:

قول السرخسي:

(ما يكون مؤثرا في إثبات الحكم شرعا هو الحكمة الباطنة)[2].

ويقول السمرقندي:

(إن أحكام الله لم تتعلق بالألفاظ والأسامي , وإنما تعلقت بالحكم والمعاني)[3] وهناك أمران يجب التنبيه عليهما هنا :

أولهما. أن القياس المراد بكلام إبن رشد والقرافي وغيرهما ليس القياس الأصولي المعروف , بل المراد به, الأصول والقواعد العامة التي استنبطت من جملة من الأدلة, فهو ترجيح بكثرة الأصول.

---

([1]) شرح تنقيح الفصول: 387.

([2]) أصوله:234.

([3]) ميزان الأصول: 914/2.

وقد ذكرت في أكثر من موضع أن القياس الذي عناه الحنفية والمالكية على ما ذكر غير واحد منهم, هو المعنى المستنبط من النص, وكلام الطوفي الذي نقلته واضح في هذه المسألة.

والواقع أن هذه المسألة من مزالق الأقدام وقد تساهل فيها الكثيرون ويعود السبب في ذلك إلى حصرهم القياس على ما كان إلحاقاً لمسألة بأخرى.

ثانيهما. أن ترك خبر الواحد بالقياس لا يعد استحسانا, وذلك لأن القياس المتروك في الإستحسان دليل صحيح ويعمل عمله في غير موضع الإستحسان . وأما خبر الواحد فإنه إذا ترك (أي لم يصح), فإنه لا يعمل بمقتضاه على الإطلاق.

وحاصل ما أردت بيانه هو:

أن المعنى- الحكمة- في النص المعدول إليه في الإستحسان مراد أيضاً.

وأما بخصوص الإجماع فأقول:

الناظر في المسائل الإستحسانية التي عدت من استحسان الإجماع يجد أن المعاني فيها معقولة فأكثرها راجعة إلى استحسان الضرورة , وبعضها إلى استحسان العرف, والمصلحة , ولعل هذا هو السبب في عدم ذكره كنوع من أنواع الإستحسان من قبل بعض الأصوليين من الحنفية كأبي الحسن الكرخي , والسمرقندي[1].

---

([1]) أنظر: ميزان الأصول: 900/2.

## المطلب الثاني

## الاتجاه الثاني القائل: أن الإستحسان تخصيص للعلة

قال أصحاب هذا الاتجاه بإطلاق: أن الإستحسان تخصيص للعلة, أي : أن العلة الموجبة لحكم القياس المعدول عنه قائمة في موضع الإستحسان , لكن حكمها تخلف فيه لوجود مانع , فالنص والإجماع والضرورة والقياس الأقوى موانع منعت ثبوت حكم الأصل المعدول عنه مع موجب ذلك الحكم.

نسب هذا القول إلى الأكثرية , منهم القاضي أبو زيد الدبوسي , وأبو الحسن الكرخي , وهو الظاهر من موقف إبن الهمام وإبن أمير الحاج , واليه ذهب أكثر العراقيين من الحنفية وبعض الحنابلة كأبي الخطاب , ونص عليه بعض المالكية كإبن العربي وهو الظاهر من مذهب جمهورهم[1].

ويرى أصحاب هذا الاتجاه من الحنفية والمالكية: أن الأمام أبا حنيفة وصاحبيه وكذا الأمام مالك قالوا بالإستحسان على هذا الوجه[2].

يقول إبن العربي:

(أن العموم إذا استمر والقياس إذا إطرد فإن مالكاً وأبا حنيفة يريان:

تخصيص العموم بأي دليل كان من ظاهر أو معنى, ويريان معا تخصيص القياس ببعض العلة[1].

---

([1]) أنظر: ميزان الأصول: 2/898-900, والتقرير و التحبير: 3/177, وكشف الأسرار على أصول البزدوي: 4/40, وفواتح الرحموت: 2/278, والمسودة: 454.

([2]) المصادر نفسها.

والسمرقندي وهو من المانعين رأى أن أصحابهم –والظاهر أنه يريد بذلك المتقدمين منهم , قالوا بالإستحسان على اعتبار أنه تخصيص, ثم ذكر تكييفهم للاستحسان وقال :

(إن معنى القياس يوجب الحكم عاما في كل موضع وجد فيه, لكنهم استحسنوا في موضع, ولم يثبتوا في موضع الإستحسان ذلك الحكم بل خلافه, مع وجود معنى القياس لنص وارد, أو لضرورة دعت, أو لمصلحة ظهرت, ثم قال: وهذا من تخصيص العلة).

وظاهر كلام السمرقندي يفيد أن المجوزين يستحسنون في موضع يوجد فيه التأثير بدليل أنه قال: أن معنى القياس موجود, وكذا بدليل ذكره الضرورة. لأن أبار الفلوات – مثلاً – إذا وقعت فيها النجاسة , فالنجاسة موجودة عند استحسان الحكم بطهارتها للضرورة أو الإجماع , والواقع أن المانعين أيضا هكذا يرون الإستحسان الذي هو تخفيف , غير أنهم يجعلون عدم الحرج جزءاً من ماهية العلة فتنعدم عند وجود الحرج , وأما هؤلاء فلا يعدونه جزء بل شرطاً لثبوت حكمها .

قال التفتازاني وإبن الهمام وغيرهما:

---

([1]) له أحكام القرآن: 2/754-755,. و الاعتصام: 2/138. ويقول إبن العربي, لم يفهم الشريعة من لم يحكم بالمصلحة ولا تخصيص العلة, هذا وان تعريفات المالكية بعضها صريحة في أن الإستحسان استثناء وتخصيص.

(أن عدم المانع عند المجوزين شرط لثبوت الحكم)[1].

أي هو شرط لظهور الأثر عن العلة لا لوجودها فلا تنعدم بوجود المانع بل ينعدم حكمها.

وبذلك فإن الفرق بينهم وبين المجوزين هو: أن المجوزين يطلقون العلة ويريدون بها (الوصف وحده), وأما المانعون يطلقونها ويريدون بها: العلة التامة.

فمجرد صورة الجهالة عند المجوزين علة, وأما التأثير فليس جزء علة بل هو تبع , وهو ما يقصد : بكون عدم المانع شرطا لظهور الأثر عن العلة , لا شرطا لوجود العلة.

وعلى هذا فإن الجهالة القليلة وإن كانت في باب الوكالة: علة, لكن حكمها لا يثبت , وهو فساد العقد لعدم وجود التأثير .

وفيما يأتي أذكر بعضا من نصوص الأصوليين لتوثيق ما تقدم:

قال صاحب مسلم الثبوت (وهو من المجوزين):

(أن العلة هي نفس الوصف)[2].

وقال إبن أمير الحاج:

(الخلو عن المانع ليس بجزء علة , بل الوصف وحده هو العلة, والتخلف عن حقيقة العلة – أي الوصف – ممكن , ولا يظهر بالتخلف كون الوصف غير علة, بل هو علة حقيقة مع التخلف)[3].

ويظهر بذلك أن أصحاب هذا الاتجاه لما قالوا:

---

([1]) التلويح: 87/2, والتقرير والتحبير: 265/3.

([2]) أنظره: 279/2, وأيضا التقرير والتحبير: 162/3.

([3]) التقرير والتحبير: الإشارة نفسها.

إن العلة موجودة في موضع الإستحسان, أرادوا بها: الوصف وحده , وهذا الذي يعده المجوزين علة, هو صورة علة عند المانعين, ولهذا قالوا أن الإستحسان على اعتبار الصورة يترآى وكأنه تخصيص, أي بحسب النظر إلى اللفظ الذي هو المراد بالصورة , ولما قال المجوزون : أن الإستحسان تخصيص – مطلقاً – ظهر أنهم يعدون الوصف هو الأصل والحكمة تبعاً.

قال في فواتح الرحموت وشرحها :

(المانعون قالوا: الوصف المجعول علة تبع للحكمة , فإنه إنما أعتبر لأجلها, فهي العلة حقيقة , فالنقض الوارد عليها وارد على العلة, فيبطل العلية – أي تنعدم – قلنا : الوصف وإن كان لأجل الحكمة, لكن لا يلزم كونها علة – أي موجبة للحكم– بل لا اعتبار لها إلا إذا كانت مضبوطة, وحينئذ العلة هي لا المظنة)[1].

ويقول النسفي وهو من المانعين[2]:

(أن المجوزين لتخصيص العلة جعلوا الوصف نفسه حجة بدون الأثر الذي هو معناه , فيكون موجبا بصيغته كالنص, فإذا وجد الوصف ولا حكم معه يكون مخصوصا كالنص, ونحن جعلنا المعنى المؤثر علة, فلا يحتمل أن يكون موجودا بدون أن يكون علة , فلا يقبل التخصيص)[3].

---

([1]) أنظرهما: 281/2.

([2]) كشف الأسوار: 316/2.

([3]) وهذا واضح في أنهم يريدون العلة التامة لأن الحكمة – المعنى المؤثر– خفية فلا بد من وجود ضابط وهذا الضابط هو الوصف, فأكتمل (الوصف , مع المعنى) ==

وواضح من هذا النص أن تسمية المجوزين للاستحسان تخصيصا هو بحسب النظر إلى اللفظ , وإلاّ فإنهم متفقون مع المانعين في أن الحكم معلق على وجود التأثير, أي عدم المانع غير أنه جزء علة عند المانعين وشرط لثبوت حكم الوصف عند المجوزين.

وعلى كل حال : فقد تبين أن المانعين أرادوا العلة التامة لما قالوا بمنع التخصيص ، والانعدام , وأما المجوزين فقد أرادوا الوصف نفسه, والمانعون لا ينكرون تخلف الحكم عن الوصف(1). غير أنهم لا يعدونه علة حال انعدام المعنى فيه, وأن المجوزين لا يقولون بتخلف الحكمة عن العلة التامة , فالخلاف راجع إلى العبارة(2). لأن المجوزين أيضاً من حيث النتيجة يجعلون عدم المانع جزءا من العلة, ما داموا بعلقون ثبوت حكم الوصف على وجود الحكمة , يقول عبدالعزيز البخاري :

(وحاصل مذهب المجوزين أن الوصف يكون علة مع عدم المانع)(3).

وبعد هذا يمكن تكييف الإستحسان عند هؤلاء بأن يقال في مثال الجهالة الذي سبق ذكره , أن الشرع لما نهى عن بيع ما ليس بموجود, وعن بيع

---

فاستلزما الحكم فلم يجز التخصيص , والنص والإجماع كدليل الإستحسان هما بمثابة الضابط أما الضرورة فكما أن الحكمة فيها بارزة ومنضبطة فإن الاعتبار الشرعي بارز لأنه موضع الضرورة منصوص عليه أو مجمع عليه على ما ذكر السرخسي, أنظر أصوله: 213/2.

(1) فقولهم بانعدام الحكم لانعدام الحكمة في الوصف هو قول يتخلف الحكم عن الوصف, وهو مرادهم بقولهم : أن الإستحسان على اعتبار الصورة يترأى وكأنه تخصيص.

(2) ينظر: أصول السرخسي, 215/2, وكشف الأسرار للنسفي/314/2. والتقرير والتحبير: 1662/3, وكشف الأسرار على أصول البزدوي: 42/4. والمسودة: 454.

(3) كشف الأسرار : الإشارة نفسها , ورد قوادح التحقيق مخطوط ورقة: 94.

الغرر وما أشبه ذلك أدرك العقل أن النهي في ذلك أنما كان لوجود الجهالة التي تفضي إلى النزاع دائماً أو غالباً فجعلت الجهالة علة لفساد العقد , ولما كانت الجهالة تفضي في أغلب الأحوال إلى حصول النزاع كانت الجهالة أمارة ضابطة ودالة على حصول النزاع.

فالمؤثر في حصول النزاع الذي من أجله كان الحكم بفساد العقد هو وصف الجهالة. ولما كان الوصف على النحو المذكور فإن طروء ما يدل على انعدام حصول النزاع يكون مانعا يمنع من ثبوت ما كان يقتضيه وصف الجهالة لولا وجود هذا الطارئ المانع, فينعدم الحكم مع بقاء الوصف الذي هو العلة .

فاقتران الحكم (عدم المانع) ليس جزءا من العلة عندهم.

أو بعبارة أخرى: أن الحكم بخصوص (الوصف) ليس له تعلق إلاّ بوجود معنى القياس الذي هو وجود النزاع–لأن هذا هو وظيفة الوصف– ولا تعلق له بالمعنى القائم في موضع الإستحسان وهو انعدام النزاع , لذا فإن المعدوم في موضع الإستحسان هو الحكم لا العلة التي هي الوصف.

فعدم المانع متمم للتأثير[1]. لأن الحكم بفساد العقد لوجود الجهالة هو من أجل تجنب النزاع , وهذه حكمة , وعدم القول بفساد العقد عند انتفاء النزاع هو مقتضى الحكمة أيضا وبهذا يمكن القول : أن الحكمة عند المانعين مؤثر في العلة, وعند المجوزين مؤثر في الحكم[2].

---

([1]) مسلم الثبوت: 279/2.

([2]) والتأثير عندهم لإيراد به التأثير الذاتي الذي هو الإيجاد أنظر: تفصيل ذلك في التوضيح: 62/2.

ولما قال المجوزون أن العلة موجودة في موضع الإستحسان وتخلف حكمها لمانع عد المانعون ذلك قولا بوجود تعارض حقيقي بين دليلي القياس والإستحسان , وهذا يؤدي إلى نسبة التناقض, والتناقض في الشرع محال .

ولكن نفى المجوزون ذلك. وأجابوا بجواب يتضح من خلاله أيضا مرادهم بالمانع :

فقال في فواتح الرحموت ما نصه:

(ولما استدل مانعوا التخصيص: بأنه لو جاز التخصيص والتخلف لزم التناقض, لأن وجود العلة-أي في موضع الإستحسان- يقتضي أن يوجد فيه الحكم والمانع يمنع عنه: قلنا: لا يلزم التناقض, لأن المانع استثناء عقلاً , فلا نسلم أن وجود العلة يقتضي ثبوت الحكم فيما يوجد فيه المانع , وإنما يلزم التناقض لو بقي تأثير العلة وهو ممنوع لمنع المانع)[1] ، فالمانع إذا هو اكتشاف لعدم وجود معنى القياس في موضع الإستحسان , وقال الجصاص في تكييف الإستحسان الذي هو تخصيص للحكم مع وجود العلة:

(إنا متى أوجبنا حكما لمعنى من المعاني, قد قامت الدلالة على كونه علما للحكم , وسميناه علة له فإن إجراء ذلك الحكم على المعنى واجب حيثما وجد – ذلك المعنى- , إلاّ موضع تقوم الدلالة فيه على أن الحكم غير مستعمل فيه , فرجع مع وجود العلة التي من أجلها وجب

(1) أنظره: 278/2.

الحكم في غيره – أي في موضع الإستحسان – فسموا ترك الحكم مع وجود العلة استحساناً).

ثم قال: وقد تترك العلة بالنص , أو بالإجماع , أو بالضرورة أو بقياس أقوى يوجب في الحادثة حكما سواه[1].

وبهذا النص والذي قبله يتضح: أن القول بكون الإستحسان تخصيصا لا يعني القول بوجود معارضة حقيقية , لأن الدليل الطارئ يكشف أن الحكمة الموجبة للحكم غير موجودة في موضع الإستحسان , لا أنها موجودة وقد عارضها دليل الإستحسان , فالإستحسان سواء كان بالنص أو بالإجماع أو الضرورة, مفارقة بحسب النظر إلى الحكمة, وإن كان موضع الإستحسان مخصصا من موضع إطراد القياس بحسب الظاهر والصورة, ومن هنا فرقوا بين التخصيص والنقض, قال أبو زيد الدبوسي:

(إن النقض إسم لفعل يرد فعلا سبق على سبيل المضادة كنقض البينان ونقض كل مؤلف, والخصوص: بيان أنه لم يدخل في الجملة, لا أنه رفع بعد الثبوت, قال: ألا ترى أن ضد الخصوص العموم, وضد النقض البناء والتأليف؟)[2].

---

([1]) أصوله:مخطوط ورقة: 98.

([2]) كشف الأسرار على أصول البزدوي: 33/4, والمثلث لإبن السيد البطلوسي: 201/2.

## المطلب الثالث

## الاتجاه الثالث : وهو التفصيل

اختيار التفصيل هو مذهب أصحاب هذا الاتجاه فقد قالوا:

أن الإستحسان نوعان:

نوع ليس من باب تخصيص العلة, وقد قال فيه الجصاص ما سلف ذكره من تجاذب الأصلين لفرع واحد.

ونوع: تخصيص للعلة: وهو الإستحسان المستند إلى النص والإجماع والضرورة, وبه قال الجصاص وبعض المتأخرين من الحنفية[1]. ومما مثل به الجصاص للنوع الأول ما يأتي:

- إن رجلا وامرأتين شهدا على رجل بالسرقة , تم الحكم بشهادتهم في باب استحقاق المال ولم يحكم بها في إيجاب القطع.
- لو أن رجلا ذكر أن امرأته هذه أخته من أبيه وأمه, وكانت مجهولة النسب وثبت على ذلك فرق بينهما, ولم يحكم بالنسب, فاثبت حكم إقراره من وجه وأبطل من وجه أخر.

وكذا ما تقدم ذكره من مثال الاشتراك في السرقة.

وأما أمثلة النوع الثاني فهي كثيرة, وقد تقدم ذكر السلم, والحكم بطهارة آبار الفلوات للإجماع , إلى غير ذلك من الأمثلة.

---

([1]) أصول الجصاص ورقة: 295 وما بعدها, والتقرير والتحبير, 172/3, والتفصيل هو الظاهر من مذهب إبن رشد حيث جعل الإستحسان نوعان: تخفيف ومفارقة غير أني لم أذكره مع الحنفية لأن الإستحسان الذي يقصده إبن رشد لبيس شاملا لاستحسان النص والإجماع, وسأذكر مذهبه بعد قليل.

ولقد نقل إبن أمير الحاج كلاما للفاضل القآني من الحنفية فيه بيان لوجه إختيار التفصيل, وهو قوله:

(والحق عندي هو التفصيل, وهو: أن كل موضع استحسنا فيه بالأثر والإجماع والضرورة يصار إلى القول بالتخصيص , وإلاّ يلزم الفساد والتناقض بين قولهم التخصيص باطل, وقولهم : شرط صحة التعليل ألا يكون الأصل معدولا به عن القياس, لأنه إن لم تكن العلة موجودة مع تخلف الحكم فيها كيف يكون معدولا به عن القياس؟[1] ولا يبقى لقوله صلى الله عليه وسلم: ( ورخص في السلم) معنى, لأن الترخص إنما يتحقق عند تخلف الحكم لعذر أو لضرورة, وكل موضع استحسنا فيه بالقياس الخفي لايصار الى التخصيص لانتفاء ما ذكرنا من المحذورات, لأن بوجه الإستحسان يظهر أن ما كان يترأى علة لم يكن علة حقيقة حتى يحتاج الى القول بالتخلف لمانع بل العلة كانت غيره, ففي مثال سؤر سباع الطير ظهر أن التبعية ليست علة لنجاسة سؤر سباع الوحش من البهائم بل الرطوبة النجسة في الآلة التي تشرب بها, وتلك العلة غير موجودة في سباع الطير فلم يتنجس سؤرها لعدم العلة, ولهذا لا يقال أن المستحسن بالقياس الخفي معدول به عن القياس)[2].

وبهذا نجد أن أصحاب هذا المذهب توسطوا الاتجاهين الأول والثاني.

---

([1]) وسيأتي كلام علماء الحنفية في أن المراد بالمعدول به عن القياس: ما لا يعقل معناه.
([2]) التقرير والتحبير: 177/3.

وعلى الرغم من أن المالكية لا يعدون من الإستحسان ما تم منه بالنص والإجماع[1]. إلا أن من الممكن عد إبن رشد من أصحاب هذا الاتجاه على ما يظهر من تعريفه للاستحسان حيث جعله نوعين مفارقة, وتخفيف , وتوضيح ذلك بأن يقال في الأول – مفارقة –.

إن المعنى الذي تعلق به القصد في القياس قد انعدم في موضع الإستحسان وهذا هو نفس ما أراده علماء الحنفية بالتفسير الأول لمثال سؤر سباع الطير إذ تبين أن اختلاط اللعاب السؤر– وهو المعنى الذي تعلق به القصد أو المعنى المؤثر– قد انعدم في سباع الطير لأن مناقيرها تمنع من حصول الاختلاط .

وقد سبق تعريف الفرق بأنه عبارة :

(من أن يتبين في الأصل وصف له مدخل في العلية لا يوجد في الفرع) وعلى هذا فإن استحسان المفارقة لا يعدّ تخصيصاً.

وأما في النوع الثاني وهو التخفيف فيقال:

إن المعنى الذي تعلق به القصد في القياس موجود لكن تطبيق مقتضاه يؤدي إي وقوع الحرج فيستثنى موضع الحرج[2] مع بقاء المعنى – العلة–.

وعلى هذا يكون استحسان التخفيف تخصيصا.

---

([1]) ذكر إبن العربي منهم الإستحسان بالإجماع وفيه نظر. أنظر: أنواع الإستحسان عند المالكية.

([2]) وهو ما ذكره علماء الحنفية في التفسير الثاني لمثال سؤر سباع الطير.

على أن قول إبن رشد في تعريفه: (لمعنى يؤثر في الحكم) يفيد أنه يرى أن العلة هي الوصف نفسه وبالتالي يكون كل من المفارقة والتخفيف تخصيصا وبيان ذلك:

سبق بيان أن عدم المانع هو جزء من العلة عند المانعين ومتى حصل المانع – المعنى المغير على اصطلاح أكثرهم– انعدمت العلة وبالتالي انعدم الحكم , فطروء المانع عندهم (يؤثر في العلة) وعدم ثبوت الحكم نتيجة حتمية لذلك.

وأما عدم المانع عند المجوزين –وإن كان انتفاء للمعنى الذي تعلق به القصد في القياس المتروك –ليس جزءا من العلة حقيقة بل هو شرط لثبوت حكمها وعلى هذا فإن عدم المانع عندهم يؤثر في الحكم لا في العلة فالعلة – أي الوصف نفسه– باقية وقت تخلف الحكم عنها في كل الأحوال.

وبهذا نجد مذاهب ثلاثة في كون الإستحسان تخصيصا وعدم كونه كذلك:

المذهب الأول : قالوا بإطلاق أن الإستحسان ليس تخصيصا للعلة.

المذهب الثاني: قالوا بإطلاق أن الإستحسان تخصيص للعلة.

المذهب الثالث: فصلوا.

فذهب الجصاص وبعض المتأخرين من الحنفية إلى أن الإستحسان بالقياس الخفي – وهو ما اصطلح عليه جمهور الحنفية على إطلاقه على استحسان المفارقة – ليس تخصيصاً, وإنما ثبت منها بالنص

والإجماع والضرورة, تخصيص ويلحق بهذا المذهب ما ذهب إليه إبن رشد إذ جعل الإستحسان نوعين تخفيف ومفارقة وعلى النحو الذي مر.

والواقع أن الاختلاف لفظي: فأصحاب المذهب الأول رأوا أن مقاصد الشارع هي العلة على الحقيقة , دون الأوصاف الظاهرة, وأن الحكم يعلق بما علم من تلك المقاصد , ومتى علم انتفاؤها في موضع من المواضع , ينعدم الحكم لانعدام العلة ولا عبرة بالوصف الظاهر, وهو بمثابة جثة هامدة , وعلى هذا لا يمكن عد الإستحسان تخصيصا للعلة .

وأما أصحاب المذهب الثاني فهم أيضا علقوا الحكم بما علم من مقاصد الشارع. لكنهم رأوا أن الوصف أكثر انضباطاً وأن عده هو العلة الأولى أما أصحاب الاتجاه الثالث من الحنفية فالظاهر أنهم نظروا إلى دليل الإستحسان, فإذا وجدوه لفظا عدوه تخصيصا, وإذا وجدوه معنى لم يعدوه من التخصيص.

وهذا الذي ذكرته هو ما ظهر لي من حيث الجملة في أساس الاختلاف اللفظي ولقد سبق في أكثر من موضع بيان أساس الاختلاف, ومع ذلك فإني الخص ما تقدم ذكره بشأن أساس الاختلاف مع إيراد نصوص صريحة لبعض العلماء من كلا الفريقين والتي تؤكد كون الاختلاف اختلافاً في العبارة فأقول:

إن المانعين أرادوا العلة التامة حينما قالوا بمنع التخصيص وبالانعدام , وأن المجوزين أرادوا الوصف وحده بجواز تخلف الحكم عنه مع بقائه في موضع الإستحسان, فلا المانع يمنع تخلف الحكم عن الوصف , ولا المجوز يجوز تخصيص العلة التامة, ومن هنا نص غير

واحد من الأصوليين من كلا الفريقين على أن الاختلاف هو في العبارة, وفيما يأتي أذكر نصوص بعض منهم بهذا الخصوص.

قال أبو الخطاب من الحنابلة: - وهو من المجوزين-.

(إذا لم نقل بكون الإستحسان تخصيصاً للعلة : أخذنا من موضع الإستحسان قيدا - عدم المانع- فجعلناه قيدا في العلة - الوصف- ويتبين بذلك أن تلك -أي العلة المتروكة- لم تكن علة تامة, كما يتبين بالمخصص أنها لم تكن عامة , فلا فرق بين القول بتخصيص العلة وعدم تخصيصها) عقب صاحب المسودة على هذا بالقول:

(وهذا الذي قاله أبو الخطاب يوافق قول أبي الحسين -البصري- وابن الخطيب وغيرهما)[1].

ويقول عبدالعزيز البخاري:[2]

(إذا تأملت فيما ذكر الفريقان عرفت أن الخلاف راجع إلى العبارة في التحقيق لأن العلة في غير موضع تخلف الحكم عنها صحيحة عند الفريقين , وفي موضع التخلف: الحكم معدوم بلا شبهة, إلا أن العدم مضاف إلى المانع عندهم وعندنا إلى عدم العلة).

ويقول السرخسي:

(الحاصل الذي يجب مراعاته هو أنهم - أي المجوزين- يسمون الزيادة والنقص مانعاً مخصصاً , فيقولون انعدام الحكم مع بقاء العلة بوجود مانع وذلك تخصيص كالنص العام يلحقه خصوص ويبقى نصا

---

([1]) المسودة: 454.

([2]) كشف الأسرار: 42/4. ورد قوادح التحقيق: مخطوط ورقة 94.

فيما وراء موضع الخصوص. وأما المانعون فيقولون أن العلة تنعدم حين ثبوت المغير فينعدم الحكم لانعدام العلة)[1].

## المطلب الرابع

## حقيقة المراد بعدم المانع وصلته بالإستحسان غير المستند إلى النص والإجماع

أرى أن ما تقدم من الكلام على موقع الإستحسان من تخصيص العلة, وتفصيل مذاهب القائلين بالإستحسان فيه قد سلط الضوء على ما يراد بعدم المانع, ومع ذلك فإني رأيت من الأفضل تخصيص هذا المطلب لتحديد المراد به, أو بالأحرى لتحديد المراد بـ(المانع) أو المعنى المغير – على اصطلاح أكثر المانعين–, وذلك بغية تحديد الأمر الجامع للمسائل الإستحسانية, وسيطلعنا ذلك على بعض الأمور المهمة المتعلقة بأنواع الإستحسان , وبما أنني قد تكلمت على موقع النص والإجماع من المعنى المغير الذي هو المانع , عقب بيان مذهب أصحاب الاتجاه الأول فإني أجعل من المانع الذي ليس نصا ولا إجماعاً, محور الكلام ومدار النقاش بالدرجة الأساس, وسأقسم الكلام في هذا المطلب على فرعين:

الفرع الأول: تحديد المراد بـ (عدم المانع).

الفرع الثاني: أنواع الموانع.

### الفرع الأول

### تحديد المراد بـ (عدم المانع)

(1) أصوله: 215/2, وأيضا :كشف الأسرار للنسفي: 314/2. والتقرير والتحبير: 162/3.

إن الأقيسة والقواعد لها مهام مرسومة وهي تحقيق مقاصد الشارع ويتم العمل بمقتضى تلك الأقيسة والقواعد طالما أدت المهام الموكلة إليها شرعاً من جلب نفع , أو دفع ضرر ماديا كان أو معنويا متى علم في ذلك الموضع ورجع إلى ما علم من قصد الشارع من خلال دليل أو أدلة أخرى .

وهذا الرجوع: هو الإستحسان:

وبهذا يمكن القول: أن (عدم المانع) هو عنوان للحالة الطبيعية للقياس وهو تحقيقه للمهام الموكلة إليه , وفي الوقت نفسه فيه الإشعار بانتفاء حكم القياس حال عدم تحقيقه لما وكل إليه تحقيقه , وهذا الإشعار كما هو معلوم خفي , وإذا عرفنا أن عدم المانع قيد موضوع في كل علة وأنه شامل للحالتين المذكورتين وعلى النحو المذكور آنفاً , تبين أن القياس والإستحسان هما جزء واحد موضوع في كل علة ويسمى هذا الجزء بالتأثير وهو: العلة معنى[1]. والحكم معلق على وجود ذلك المعنى في كل علة.

ومن هنا عرف بعض الحنفية الإستحسان: بأنه تعليق للحكم بالمعنى الخفي, أي تعليق للحكم بما علم من قصد الشارع.

وإن قيل ما هو المستند الشرعي لعلماء الحنفية ومن وافقهم, في جعلهم (عدم المانع) جزءا من كل علة أو شرطا لظهور حكمها؟

الجواب: هو ما ذكرته من الدليل على حجية الإستحسان وبوجه خاص في المراد بالحكمة والعدل , حيث تظاهرت الأدلة شرعاً على أن الأحكام

---

([1]) وأن الوصف الظاهر هو القياس الظاهر لأنه يحيل الذهن إلى الأصل الظاهر.

متضمنة لمعاني معقولة , وكذا جميع الترخصات التي هي الأدلة القاطعة على أن الحرج مدفوع شرعاً.

وزيادة في التوضح أقول: أن كل أصل منصوص أو مجمع عليه وارد بشأن الضرورة ورفع الحرج يجعل شاهداً ومقيساً عليه , في كل موضع ضرورة, ومشقة, وإن اختلفت الصور[1]. ومن هنا فإن عدم الحرج , وهو صورة من صور عدم المانع, جعل جزءاً من كل علة أو شرطاً لثبوت حكمها .

وهذا الجعل ثبت بطريق القياس, سواء قلنا أن القياس هو استنباط المعنى المودع في النص , أو قلنا بأنه عبارة عن إلحاق مسألة بمسألة أخرى بمعنى جامع . ولا فرق بين هذين لأن المعنى الجامع هو نفس المعنى المستنبط وهو رفع الحرج والمشقة , وعن الطريق المذكور ثبت أن رفع الحرج مقصود شرعا, فجل جزءاً من العلة أو شرطا لثبوت حكمها.

وبهذا يمكن القول : أن عدم الضرورة, وعدم الحرج والمشقة كل منهما قياس خفي موضوع في كل علة.

هذا فيما يتعلق بعدم الحرج:

وهناك صورة أخرى لعدم المانع وهي: (عدم انتفاء الهدف المرسوم المعين للقياس) فإن ذلك أيضا قد جعل قيدا في كل علة قياسا على جملة من الأحكام الشرعية الثابتة بالنص والإجماع والتي تفوق الحصر وكلها متضمنة لمعاني معقولة , وحيث ثبت كون تلك الأحكام كذلك فإن ذلك

---

([1]) فواتح الرحموت: 2/269–270. والذخيرة: 241/1, وفيه: فالسفر مبيح للفطر فيعتبر به غيره من المشاق, وسيأتي تفصيل ذلك أثناء الكلام عن علاقة الإستحسان بالمصلحة المرسلة.

أيضاً قد جعل قيدا في كل علة قياسا على جملة من الأحكام الشرعية الثابتة بالنص والإجماع والتي تفوق الحصر وكلها متضمنة معاني معقولة , وحيث ثبت كون تلك الأحكام كذلك فإن ذلك يعني وجوب إيقاف العمل بالقياس حال عدم تحقيقه الهدف المرسوم له بقطع النظر عن التخفيف وعدمه. لأن الشرع منزه من العبث.

ويجب التنبيه هنا على أن الجامع بين المقيس والمقيس عليه في كل ما تقدم هو الجنس بمعنى أن الصور مختلفة بين الأوصاف في الفرع وبين الأوصاف في الأصول من الشرع .

أقول: ومن هنا كان الإستحسان على الإطلاق ترجيحاً بكثرة الأصول.

وإذا ثبت ذلك فيمكن إدراك وجه من عرف الإستحسان على الإطلاق: بأنه (القياس الخفي).

ولهذا نجد الحنفية والمالكية يكتفون في كثير من المسائل الإستحسانية ببيان أن المعنى الذي تعلق به القصد منعدم في موضع الإستحسان , ويكتفون أيضا في مسائل أخرى بالقول: أن في ذلك ضرراً أو حرجاً.

والفرق بين عدم المانع الذي هو (عدم الضرورة, والحرج), وعدم المانع الذي هو (عدم انتفاء الهدف المعين المرسوم للقياس) وبين عدم المانع الذي هو (عدم النص والإجماع) هو فقط في أن الثاني ليس قياساً, فمقاصد الشارع علمت في النوعين الأولين عن طريق النظر العقلي إلى

الأصول والأحكام الثابتة بالنص أو بالإجماع . مع وجود الاختلاف من حيث الصورة بين المقيس والمقيس عليه.

ولعل ما تقدم هو وجه ذكر التفتازاني وغيره من الحنفية لثلاثة أنواع من الإستحسان هي: النص, والإجماع, والقياس الخفي.

## الفرع الثاني

## أنواع الموانع

المانع شامل– بعد النص والإجماع –لما يأتي:

**أولاً. انتفاء الهدف (المعين) المرسوم للقياس**

وهو المقصود بالتفسير الأول السابق لمثال سؤر سباع الطير حيث ثبت أن علة النجاسة هي اختلاط لعابها النجس وقد انعدمت في سباع الطير. لأن المنقار منع من الاختلاط, فلم يحصل التنجس, فانعدم الحكم.

الثاني: للضرورة , وللحرج الذي يفضى إليه اطراد حكم القياس في موضع من المواضع في وقت يكون معنى القياس وعلته أي الهدف (المعين) المرسوم له باقياً غير منتف في موضع الإستحسان.

وهذا هو المقصود بالتفسير الثاني المذكور لمثال سؤر سباع الطير حيث افترض حصول الاختلاط, ومع ذلك قيل بطهارة السؤر لكونها تنقض من الهواء ويشق الاحتراز عنها.

والواقع أن علماء الحنفية ذكروا هذين التفسيرين[1] لبيان هاتين الصورتين اللتين يرجع إليهما المسائل الإستحسانية غير الثابتة بالنص والإجماع .

أقول والأول مثال لما اصطلح عليه جمهور الحنفية بـ (القياس الخفي).

والثاني مثال لما ذكروه من استحسان الضرورة.

وذكروا هذين النوعين مع استحسان النص والإجماع , فأصبح الإستحسان عند جمهور الحنفية أربعة أقسام هي: استحسان النص, والإجماع , والضرورة والقياس الخفي, وقد قال الحنفية باستحسان المصلحة , والعرف , واغتفار اليسير , ومراعاة الخلاف على ما هو ثابت في مصادرهم من كتب الفروع , فضلاً على تصريح بعض الحنفية كالسمرقندي باستحسان المصلحة , والكرخي باستحسان العرف.

وإذا قارنا بين هذا وبين تقسيم جمهور الحنفية يتبين أن الأنواع الأخيرة راجعة إلى نوعي المانع المذكورين, أي: إلى الإستحسان بالقياس الخفي, والى استحسان الضرورة وإذا عرفنا هذا أقول:

يندرج ضمن المانع بالمعنى الاول استحسان المصلحة, والعرف, أي أن المعنى الذي من أجله كان حكم القياس –المتروك– منعدم في موضع الإستحسان.

وفيما يأتي أذكر مثالين أبين في ضوئهما ذلك:

---

(1) أصول السرخسي: 202/2. وتقدم بيان أن الإستحسان عند المانعين قول بانعدام الحكم لانعدام المعنى –العلة– حتى في التفسير الثاني.

**المثال الأول: لاستحسان المصلحة**[1]

القياس كان يقضي بعدم تضمين الأجير المشترك كالخياط مثلا, لوجود الأمانة وعدم تفشي الخيانة بين الناس, ولكن بعد أن تفشت الخيانة ذهب الإمام مالك , ومحمد , وأبو يوسف من الحنفية إلى تضمين الأجير المشترك استحساناً, صيانة لأموال الناس من الضياع، وقد نص الشاطبي على أن الأجراء مؤتمنون بالدليل لا بالبراءة الأصلية, وقد ذكر بعضهم أن الدليل هو قوله صلى الله عليه وسلم: (لا ضمان على مؤتمن)[2].

وإذا صح كون هذا النص هو الدليل أقول:

يؤخذ من لفظ (المؤتمن) أن متعلق القصد في عدم التضمين هو الأمانة وقد انعدمت ودل على ذلك تفشي الخيانة بين الناس, والمصلحة المترتبة على التضمين هي المحافظة على أموال الناس, وقد تظاهرت الأدلة من الكتاب والسنة على وجوب الحفاظ على أموال الناس.

وهذا ترجيح بقوة الأثر, وكثرة الأصول, والثبات على الحكم.

والمعنى الخفي هنا هو (الأمانة) و قد انعدمت.

وسبب إيرادي هذا المثال هو اتفاق الحنفية مع المالكية في التضمين فضلا على انه من المسائل التي اشتهرت على أنها من المصلحة المرسلة.

هذا وأن أكثر المسائل التي أوردها الحنفية للاستحسان الذي ليس مستندا إلى النص والإجماع والضرورة, هي استحسان للحاجة والمصلحة,

---

(1) وسيأتي تفصيل أراء العلماء في هذه المسألة في فصل التطبيقات.

(2) السنن الكبرى: 289/6.

فالانتفاع الذي كان المعنى الخفي المفهوم من لفظ (الوقف) هو المؤثر في دخول الحقوق الارتفاقية في وقف الأراضي الزراعية دون التنصيص على ذلك, وهو استحسان المصلحة, وعدم قتل ذلك المرتد الذي دل الإكراه السابق على عدم إسلامه ومن ثم على ارتداده, هو استحسان مصلحة فيه حماية حياة ذلك الشخص , ومعلوم أن الرجوع عن الإسلام) كان هو المعنى الخفي المستنبط من لفظ (المرتد).

ولا أقصد بهذه الأمثلة حصر الإستحسان بالقياس الخفي على ما كان استنباطا من ظواهر الألفاظ, بل قصدت بذلك أن الإستحسان بالقياس الخفي هو استحسان بالمصلحة أو هو شامل لها على أقل تقدير.

**المثال الثاني : لاستحسان العرف**[1]:

إن القياس يقضي بعدم جواز إستئجار المرضعة بطعامها وكسوتها للجهالة الموجودة في قدر الطعام ونوع الكسوة وأن ذلك يختلف من شخص لآخر , ومع ذلك فقد ذهب الإمامان أبو حنيفة ومالك إلى جواز ذلك بناء على أن العادة الجارية باستئجار المراضع شفقة على الأولاد ترفع الجهالة.

والذي يهمنا من هذا المثال هو ما يأتي:

إن الجهالة جعلت علة – شرعاً– لما تفضي إلى النزاع, ولكن العرف الجار دل على انتفاء ذلك المعنى, بناء على أن العرف يقوم مقام التسمية, وحيث وجدت التسمية فلا نزاع.

---

([1]) أنظر: تفصيل هذا المثال وأراء العلماء فيه في فصل التطبيقات.

ويلاحظ أن هذا المثال يصلح أن يكون مثالا, للاستحسان بالقياس الخفي, والعرف, والمصلحة , ولرفع الحرج أيضا بناء على أن نزع الناس عما تعارفوا فيه حرج ومشقة على ما نص عليه غير واحد من علماء الحنفية[1].

والواقع أن العرف في الإستحسان يقع موقع منقار سباع الطير على التفسير الأول , أي: كما أن المنقار دل على عدم اختلاط اللعاب النجس بالسؤر , كذلك العرف يدل على انتفاء المعنى الذي تعلق به القصد شرعا في القياس , ومن هنا يكاد يجمع العلماء على الاعتداد بالعرف في مسألة الأيمان لأنه يدل على حقيقة ما نواه الحالف.

وتجدر الإشارة إلى أن بعضا من مسائل استحسان اغتفار النزر اليسير يدخل ضمن هذا المانع أيضا, ولاسيما في باب المعاملات حيث أن (القلة) تكون أمارة دالة على عدم وقوع المشاحة بين المتعاقدين كالمثال الذي سبق ذكره بخصوص الجهالة اليسيرة في باب الوكالة.

وإنما قلت بعض المسائل لأن بعضها الآخر مندرج ضمن استحسان الضرورة وأقصد بالضرورة هنا: ما يعبر عنها الفقهاء غالبا بما لا يمكن الاحتراز منه وحاصل الكلام أن الإستحسان بالنزر اليسير متردد بين المانعين الأول والثاني, وربما كان تردد بعض أنواع الإستحسان بين المانعين المذكورين هو السبب في اقتصار جمهور الحنفية على ذكر (القياس الخفي) و (الضرورة).

---

([1]) أنظر: مثلا: الأشباه والنظائر لإبن نجيم: 94.

وتجب الإشارة هنا إلى أن المانع الثاني في حقيقته تغليب لأقوى المصلحتين , فالضرر الناشئ من نظر الطبيب إلى الأجنبية – والضرر هو الإفضاء إلى المحرم الأقوى– أخف من ضرر التلف والهلاك اللذين يحصلان للمريضة لو لم تعالج , فالقول بجواز نظر الطبيب إلى الأجنبية للضرورة تغليب للمصلحة الأقوى. وبناءً على هذا الأساس يندرج ضمن المانع الثاني بعض المسائل الإستحسانية التي لا تميل إلى التخفيف.

ومن تلك المسائل: مسألة الاشتراك في السرقة, حيث أن مصلحة الجماعة غلبت على مصلحة أفراد معينين والمسألة المذكورة هي الآتية:

إذا دخل جماعة من اللصوص منزل رجل فتولى بعضهم الإخراج دون بعضهم الآخر فإن القياس يقضي بإقامة الحد على الحامل المخرج للمتاع دون من ترصد وأعان ولكن في الإستحسان: يقام الحد على الجميع.

هذا ما ذهب إليه جمهور الحنفية والحنابلة[1] , قال الكاساني في وجه الإستحسان:

أن ركن السرقة لا يتم إلا بالإخراج من الحرز وذلك وجد منه مباشرة فأما غيره فمعين له والحد يجب على المباشر لا على المعين كحد الزنا والشرب.

وقال في وجه الإستحسان:

---

([1]) الهداية مع شرح فتح القدير: 244/4. وبدائع الصنائع: 66/7. أن الحد يقام على المخرج فقط , أنظر: الأم : 132/6, ومغني المحتاج: 172/4, وشرح الزرقاني على الموطأ: 117/5, وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 325/4, ورحمة الأمة: 207.

(أن الإخراج حصل من الكل معنى لأن العامل لا يقدر على الإخراج وحده إلا بإعانة الباقين وترصدهم للدفع فكان الإخراج من الكل من حيث المعنى ولهذا ألحق المعين بالمباشرة في قطع الطريق, ولأن السارق لا يسرق وحده عادة بل مع أصحابه ومن عادة السرّاق أنهم كلهم لا يشتغلون بالجمع والإخراج بل يرصد بعضهم).

ثم قال : (فلو جعل ذلك مانعا من وجوب القطع لا نسد باب القطع وفتح باب السرقة وهذا لا يجوز ولهذا ألحقت الإعانة بالمباشرة في باب قطع الطريق كذا وكذا).

وواضح من الفقرة الأخيرة أن المحافظة على أمن الناس وأموالهم هي المؤثر في الحكم الإستحساني.

أما الإستحسان بمراعاة الخلاف فمسائلها قليلة جدا والظاهر من بعضها أنها مائلة نحو التخفيف.

## المبحث الثاني

## علاقة الإستحسان بالقياس والمصلحة المرسلة

ويتضمن هذا المبحث مطلبين:

المطلب الأول: العلاقة بين الإستحسان والقياس.

المطلب الثاني: علاقة الإستحسان بالمصلحة والمصلحة المرسلة.

المطلب الأول

**العلاقة بين الإستحسان والقياس**

هذه العلاقة تفهم مما سبق ذكره من المباحث ومع ذلك فإني أوجزها في هذا المطلب فأقول:

الفرق بين الإستحسان والقياس , هو كما يأتي:

أولا. أن القياس –من حيث ثمرته–الحاق للمسألة بنظائرها في حكمها, والإستحسان قطع للمسألة عن نظائرها, وإفرادها بحكم خاص لمقتض شرعي,

ثانيا. أن القياس يكون في المسائل التي لا دليل عليها غيره, ومن ثم لا يكون لها إلا حكم واحد, والإستحسان لا يكون إلا في المسائل التي تعارض فيها دليلان يعمل المجتهد بأرجحهما عنده[1] .

ولقد عرفنا أن قطع المسألة عن نظائرها كان من أجل تحقيق المصلحة التي هي مدار الترجيح لأحد القياسين على الآخر, لذا فرق الطوفي بين القياس والإستحسان فقال:

---

([1]) أصول الفقه الإسلامي للدكتور محمد مصطفى شلبي: 1/292–293.

(الإستحسان أخص من القياس وأعم منه من وجه, أما أنه أخص فمن جهة رجحان مصلحته وكونها أشد مناسبة في النظر من مصلحة القياس وأما أنه أعم فمن جهة أن القياس تابع للعلة على الخصوص, والإستحسان تابع للدليل على العموم نصاً كان أو إجماعاً أو ضرورة[1].

أقول : ويجتمع الإستحسان مع القياس في كونهما قياسا ويفترق عنه في أن الأصل في الإستحسان غير متضمن لنوع الوصف أو جنسه في نوع الحكم بل متضمن لجنس الوصف في جنس الحكم .

## المطلب الثاني

## علاقة الإستحسان بالمصلحة المرسلة

تتألف كل عملية استحسانية من قياسين, تبعا لظاهر موضع الإستحسان والحكمة التي تعلق بها القصد فيه.

فظاهر المسألة – أي صورتها – يحيل ذهن المجتهد إلى أصل وهذا هو القياس الأول المتروك[2].

وباطن المسألة–أي الحكمة التي تعلق بها القصد في المسألة– يحيل ذهن المجتهد إلى أصل أو أصول أخرى, وهذا هو القياس المعدول إليه.

ويظهر بذلك: أن الحكم المستحسن قد ثبت بعملية قياسية مستقلة, معارضة بعملية قياسية أخرى.

---

([1]) شرح مختصر الروضة: 202/3.

([2]) فإذا كان هذا القياس المتبادر متضمنا للحكمة أي قوي الأثر تم العمل به. وحينئذ لا يكون معارضا باستحسان في واقع الأمر.

والقياس الأول ظاهر متبادر إلى ذهن المجتهد وذلك للشبه الصوري بين المسألة المعروضة أمامه وبين الأصل.

وأما القياس الثاني فليس كذلك للتفاوت بين مسألته وبين الأصل من حيث الصورة.

والشبه الصوري وأن كان موجودا بين موضع الإستحسان وأصله في القياس الأول أن موضع الإستحسان قد اختص بمعنى[1]به فارق ذلك الموضع حكم ذلك الأصل.

والتفاوت بين موضع الإستحسان وأصله وأن كان موجودا من حيث الصورة إلا أنهما يلتقيان في معنى به يندرج موضع الإستحسان ضمن حكم ذلك الأصل.

فالمعنى الذي تلعق به القصد في القياس الأول والذي هو الباعث على الترك, هو نفسه الباعث على العدول في القياس الثاني المعدول إليه, بل هو علة الحكم المستحسن, وهو عين الإستحسان.

وهذا المعنى هو الحكمة وسواء فسرنا الحكمة بما يترتب على الحكم بالأمر المناسب, أو بالأمر المناسب نفسه فإن النتيجة واحدة وهي درء ضرر و رفع حرج عاما كان هذا الضرر أو الحرج, أو خاصا, ماديا كان أو نفسيا.

وبعد هذا أقول:

---

([1]) كانتقاء المصلحة المعينة المقصودة بالقياس كدفع النجاسة في تحريم تناول أو استعمال سؤر سباع الطير, وكدفع الحرج,حيث أن دفع الحرج والضرر جزء من العلة أو شرط لظهور حكمها على ما سبق ذكره.

الفرق بين الإستحسان والمصلحة المرسلة هو فقط أن المصلحة المرسلة قياس غير معارض بقياس أخر بخلاف الإستحسان, حيث أنه معارض بقياس أخر.

ذكر الشاطبي أن الأمام مالكا ذهب في قول له إلى تضمين الأجير المشترك وإن لم يكن صانعا كتضمين صاحب الحرم الثياب وتضمين السماسرة المشتركين ثم قال:

(فإن قيل : هذا من باب المصالح المرسلة لا من باب الإستحسان, قلنا: نعم, ألا أنهم صوروا الإستحسان بصورة الاستثناء من القواعد بخلاف المصالح المرسلة ومثل ذلك يتصور في مسألة التضمين, فإن الأجراء مؤتمنون بالدليل لا بالبراءة الأصلية فصار تضمينهم في حيز المستثنى من ذلك الدليل فدخلت تحت معنى الإستحسان بذلك النظر[1].

وقد سبق القول بأن إبن رشد يطلق (القياس المرسل) تارة ويريد به الإستحسان ويطلقه تارة أخرى ويريد به المصلحة المرسلة[2].

قال الشيخ أبو زهرة:

(أن الأمام مالكا عندما قال: (الإستحسان تسعة أعشار العلم) كان يدخل المصلحة في عمومه, وهي الجزء الأكبر من تسعة الأعشار, والإستحسان المقصور على معارضة القياس جزء ضئيل منها)[3].

ويقول الأستاذ الدكتور مصطفى زيد:

---

(1) أنظر: الاعتصام: 141/2, 142, ولما في هذا المعنى المغني مع الشرح:/ 7/22-23.
(2) أنظر: بداية المجتهد: 57/2, 210,291.
(3) أنظر: له : أصول الفقه: 215-216.

(أما مالك أمام دار الهجرة, فإن للمصلحة المرسلة عنده شأنا أخر, ذلك أنه بنى الأحكام عليها بوصفها أصلا مستقلا, ثم أعتد بها مرة ثانية إذا أعتبر الإستحسان القائم على رعايتها)[1].

ويظهر مما تقدم : أننا لو قطعنا النظر عن القياس المعارض فحينئذ لا نجد فرقا بين الإستحسان والمصلحة المرسلة.

أقول وهو كذلك, لكن الأمر يحتاج إلى توضيح أكثر ولا سيما أن بعض الحنفية نصوا على أن المصلحة المرسلة من هوسات العقل وإنها مرفوضة عندهم: ومن هنا لا بد من بيان ما يراد بالمصلحة المرسلة, ومن ثم بيان العلاقة بينها وبين الإستحسان.

## الفرع الأول

## المراد بالمصلحة المرسلة

### أ. تعريف المصلحة في اللغة وفي اصطلاح الأصوليين:

المصلحة في اللغة على وزن مفعلة, وهي كالمنفعة وزنا ومعنى, فهي مصدر بمعنى الصلاح كالمنفعة بمعنى النفع, أوهي أسم للواحدة من المصالح وقد ذكر إبن منظور الوجهين وقال: المصلحة: الصلاح, والمصلحة: واحدة المصالح.

فكل ما كان فيه نفع سواء كان بالجلب والتحصيل كاستحصال الفوائد واللذائد أو بالدفع والتقاء كاستبعاد المضار والآلام فهو جدير بأن يسمى مصلحة[2].

---

([1]) أنظر: له: المصلحة في التشريع الإسلامي: فقرة 45.

([2]) أنظر: القاموس المحيط: 243/1, ولسان العرب: 348/3, وضوابط المصلحة مصدر سابق: 23.

**المصلحة في اصطلاح الأصوليين:**

عرفها الأستاذ الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي بأنها:

(المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم, وعقولهم ونسلهم, وأموالهم, طبق ترتيب معين فيما بينها)[1].

والظاهر أنه أراد شمول المصلحة لهذه الضروريات, وما كان راجعا إليها من الحاجيات والتحسينيات.

والذي يظهر من كلام بعض الأصوليين أنهم لا يفرقون بين المصلحة بمعناها اللغوي والمصلحة بمعناها الاصطلاحي, فقد عرف إبن الهمام العلة بأنها:

(ما شرع الحكم عنده لحصول الحكمة من جلب مصلحة أو تكميلها أو دفع مفسدة أو تقليلها).

---

([1]) ضوابط المصلحة. 330

قال إبن أمير الحاج شارحا معنى المصلحة والمفسدة:

(المصلحة: هي ما يكون لذة أو وسيلة إليها, والمفسدة ما يكون ألما أو وسيلة أليها) ثم قال:

(وحاصله–أي الاثنين معا–: ما يكون مقصودا للعقلاء, إذ العاقل إذا خير أختار حصول الحكمة ودفع المفسدة, وما هو كذلك يصلح مقصودا عقلا)[1].

**ب. المراد بالمصلحة المرسلة:**

قسم الأصوليون الوصف المناسب بحسب اعتبار الشارع له وعدم اعتباره على أقسام ثلاثة:

القسم الأول: المناسب الذي علم أن الشارع أعتبره.

القسم الثاني: المناسب الذي علم أن الشارع ألغاه.

القسم الثالث: المناسب الذي لم يعلم الشارع أعتبره أو ألغاه.

وهذا الأخير هو المراد بالمصلحة المرسلة:

ثم ذكروا تقسيما أخر, حيث قسموا الوصف المناسب بحسب الاعتبار المذكور إلى ما يأتي[2]:

المناسب المؤثر, والمناسب الملائم, والمناسب الغريب[3] والمناسب المرسل, والمناسب الملغي[1].

---

([1]) أنظر: التقرير والتحبير: 141/3, 263, والتوضيح: 63/2. وشرح مختصر الروضة. 383/3-385.

([2]) انظر: التقرير والتحبير: 147/3, وما بعدها, ومنتهى الوصول:182. وشرح مختصر الروضة. 389/3.

([3]) المناسب الغريب : هو وصف لم يثبت فيه سوى اعتبار الشارع بعينه مع عين الحكم بترتيب الحكم على وفقة فقط في المحل, فلو فرضنا عدم وجود نص في تحريم==

والذي يهمنا هنا : المؤثر, والملائم, والمرسل.

وسأجمع بين هذا التقسيم والذي قبله ببيان أقسام تأثير الوصف المناسب. فأقول:

إذا رأينا حكما قد ترتب على وصف مناسب ثبتت مناسبته بنص أو إجماع ألحقنا به إثبات عين ذلك الحكم أو جنسه بذلك الوصف المناسب في صورة أخرى[2].

فإذا اعتبر هذا الوصف المناسب في صورة أخرى حينئذ علم كونه علة بترتيب الحكم على وفقه لا بالتنصيص عليه ولا بالإيماء إليه, فهو بذلك وصف علم كونه علة بالمناسبة.

والذي يهمنا هنا من هذه الأقسام: ظهور اعتبار جنس الوصف المراد جعله علة في جنس الحكم المطلوب بالقياس وهو القسم الرابع, لذا فإني لا أرى حاجة إلى ذكر تفاصيل كلام الأصوليين بشأن الأقسام الثلاثة الأخرى(3).

---

==المسكر وعدم وجود التنبيه إلى العداوة والبغضاء لكان التعليل بالسكر تعليلا بمناسب غريب, أنظر: المستصفى: 289/2.

([1]) المناسب الملغي: مصلحة ألغاها الشارع ويمثل لها بما ذهب اليه يحيى بن يحيى تلميذ الأمام مالك من وجوب الصوم على الملك الذي واقع زوجته في نهار رمضان عامدا, كفارة, حيث ترك العتق بناء على أن الكفارة يقصد بها الزجر وهو لا ينزجر بالعتق وقد أجمع العلماء على رفض هذه المصلحة.

أنظر: مثلا: التقرير والتحبير: 150/3.

([2]) أنظر: شرح مختصر الروضة: 398/3.

([3]) فالظاهر من تقسيم إبن الهمام أن القسم الثاني الأتي هو الوصف الذي ظهر اعتبار نوعه في نوع الحكم بمجرد ترتيب الحكم على وفقه, مع ثبوت اعتبار نوعه في جنس الحكم أو جنسه في نوع الحكم, وأما الظاهر من تقسيمات بعض الأصوليين أن الملائم هو ما ظهر اعتبار نوعه أو جنسه في نوع الحكم فقط دون اشتراط== ==ظهور نوعه

وهذه الأقسام هي الآتية[1]:

القسم الأول:

اعتبار نوع الوصف المراد جعله علة في نوع الحكم المطلوب بالقياس.

وذلك مثل : إلحاق ولاية النكاح بولاية المال بجامع الصغر, فالصغر وصف أثر نوعه في نوع الحكم وهو الولاية على الصغير, ولم يختلف هنا إلا محل الولاية وهو المال والنكاح.

**القسم الثاني:**

اعتبار نوع الوصف في جنس الحكم.

ومثاله: تقديم الأخ لأبوين في ولاية النكاح قياسا على تقديمه في الميراث, فالوصف الذي هو الأخوة في الأصل والفرع اعتبر بعينه–نوعه–في جنس الحكم, وهو جنس التقديم.

وقد عد بعض الأصوليين هذا القسم والذي قبله (مؤثرا) ومن هؤلاء التفتازاني, وإبن قدامة والطوفي, ولكن إبن الحاجب عد هذا والقسمين الآتيين من الملائم).

---

في نوع الحكم, والدخول في بيان هذا الاختلاف و وجهه يتطلب تفصيلا لا يعنينا منه شيء, بل الذي يعنينا هو تأثير الجنس في الجنس فقط.

([1]) أنظر لهذا الأقسام وأمثلتها: التوضيح والتلويح: 72/2. والتقرير والتحبير: 147/3, وفواتح الرحموت ومسلم الثبوت: 265/2, والمستصفى:298/2, والأبهاج: 602/3, والذخيرة: 122/1, وشرح تنقيح الفصول: 393, ومنتهى الوصول: 183, وشرح مختصر الروضة: 391/3, الإشارات وما بعدها.

ثم أن جمهور الأصوليين عدوا هذا القسم أدنى مرتبة من الأول بناء على أن المفارقة بين المثلين بحسب اختلاف المحلين أقل من المقارن بين نوعين مختلفين.

**القسم الثالث:**

اعتبار جنس الوصف في نوع الحكم.

ومثال ذلك:

تحريم يسير الخمر والنبيذ والخلوة بالأجنبية, فإنما هو لإفضاء ذلك بالاسترسال إلى السكر والفعل المحرمين, وهو من باب حسم المواد, فجنس حسم المواد أثر في عين الشرب اليسير وعين الخلوة .

قال الطوفي:

(وهذا القسم يسمى الملائم أي الموافق, ويراد به:

أنه موافق لتصرف الشرع في تأثير جنس الأسباب في أعيان الأحكام, قال:

وهذا تخصيص اصطلاحي, والاّ فسائر أقسام المناسب ملائمة بهذا الاعتبار إذ هي موافقة لجنس مراعاة الشرع للمصالح المناسبة)[1].

وعد هذا القسم أدنى مرتبة من القسم الذي سبقه بناء على أن الإبهام في العلة أكثر محذورا من الإبهام في المعلول.

**القسم الرابع:**

اعتبار جنس الوصف في جنس الحكم.

---

([1]) شرح مختصر الروضة: 393/3.

ومثلوا لذلك : بما روي أن علي إبن ابي طلب رضي الله عنه: أقام الشرب مقام القذف وقال: أرى أنه إذا سكر هذى وإذا هذى افترى وأوجب عليه حد القذف لمظنة الشيء مقامه, قياسا على الخلوة فإنها لما كانت مظنة الوطيء أقيمت مقامه في الحرمة.

والمأخوذ به هنا, (مطلق المناسبة) و (مطلق المظنة), فمظنة جنس الافتراء وهو الوصف أثرت في جنس الجلد أو الحد وهو الحكم.[1]

وتجب الإشارة هنا إلى أن صدر الشريعة قال: المراد بالجنس هنا هو الجنس القريب ومثل له بطهارة سؤر الهرة, وقال: فإن لجنس الضرورة اعتبار في جنس التخفيف[2].

وبعد هذا أتوقف قليلا لبيان العلاقة بين هذه الأقسام الأربعة وبين أنواع المناسب والمصالح التي تقدم ذكرها فأقول:

المناسب الملغي: هو المسمى بالمصلحة الملغية وقد سبق بيانه.

أما المصلحة المعتبرة: فالظاهر من كلام الأصوليين أنها شاملة للأقسام الأربعة المذكورة لكن في حالة ما إذا كان الجنس في القسم الرابع قريبا وليس بعيدا وأما إذا كان بعيدا فقد صرح إبن السبكي بعدم قبوله[3].

ولكن هل يعد التعليل بالأوصاف المعتبرة بالطرق الأربعة المذكورة قياسا –أي القياس الأصولي المعروف –أو لا؟

---

([1]) المصادر السابقة: وللأثر أيضا: الموطأ: 842/2. و سنن النسائي: 118/5, والمستدرك: 385/4.

([2]) لكن التفتازاني عد ذلك من الجنس البعيد, أنظر: التلويح 72/2.

([3]) الإبهاج: 188/3.

الجواب: قال إبن الهمام وغيره: المشهور من شهادة الأصل–والتي إذا تحققت تحقق القياس–: أن يكون للحكم المعلل أصل معين من نوعه يوجد فيه جنس الوصف أو نوعه.[1]

وعلى هذا فإن الأقسام الثلاثة الأولى تعد قياسا لأنه يكون هنالك للحكم المعلل–الفرع–أصل معين.

ونخلص بذلك إلى أن التعليل بالأقسام الأربعة –فيما إذا كان الجنس قريبا في القسم الرابع –يكون جائزا عند الجميع[2], غير ان ما يسمى منها بالقياس: التعليل بالأقسام الثلاثة الأولى.

ونخلص بذلك أيضا: إلى أن التعليل بالقسم الرابع فيما إذا كان الجنس بعيدا موضع تردد.

أقول: هذا هو المناسب المرسل[3], وهو المراد بالمصلحة المرسلة وعلى التفصيل الأتي:

اختلفت عبارات الأصوليين في تحديد حقيقة المناسب الذي يعبر عنه بالمصلحة المرسلة, وأرى أن ما قاله الشاطبي فيها هو حصيلة كل

---

([1]) أنظر: التقرير والتحبير: 3/153–154. والتلويح: 2/74–75.

([2]) نقل صدر الشريعة اتفاق الحنفية على ذلك, أنظر: التوضيح: 2/75. ولم أجد كلاما صريحا لغيرهم في نفي ذلك, بل الظاهر من كلامهم قبوله: أنظر: الأحكام للأمدي: 259–260, والابهاج: 3/188.

([3]) أما المناسب الغريب فقد اضطرب كلامهم فيه, وحاصل عباراتهم أنه مقبول أنظر: التقرير والتحبير: 3/152, والمستصفى: 2/320, أما المناسب الغريب الذي هو مرفوض مثاله: العقوبة بنقيض القصد على فرض عدم ورود نص في حرمان القائل من الميراث, وهو قوله صلى الله عليه وسلم: (لا يرث القاتل). أنظر: سنن الدار قطني, 4/96, والسنن الكبرى: 6/220, بلفظ (القاتل لا يرث).

ما قيل فيها ولهذا أورده فيما يأتي معززا بكلام غيره من المالكية والحنفية وغيرهم.

قال الشاطبي:

(المصلحة المرسلة هي المصلحة التي سكتت عنها الشواهد الخاصة فلم تشهد باعتبارها ولا بإلغائها)[1] ثم ذكر لها وجهين هما:

الأول: المعنى الذي لا عهد به في تصرفات الشرع). بأن يوجد له جنس معتبر, فلولا ورود النص بمنع القاتل من الميراث لكانت المعاملة بنقيض المقصود غير ملائمة لتصرفات الشرع.

ثم قال: فإن هذه العلة –التي لا تلائم تصرفات الشارع لعدم وجود دليل على اعتبار جنسها –لا يصح التعليل بها ولإبناء الأحكام عليها.

أقول: وهذا ما يسمى بالغريب من المرسل, قال إبن الهمام:

(وهو ما لم يعتبر بنص أو إجماع بترتيب الحكم على وفقه, بأن يظهر اعتبار نوعه في نوع الحكم أو جنسه)[2].

قال الأنصاري صاحب مسلم الثبوت:

الغريب المرسل هو: ما لم يظهر اعتباره بوجه من الوجوه.[3]

هذا وقد نقل إبن الحاجب والتفتازاني و غيرهما : اتفاق العلماء على رفضه[4].

---

([1]) أنظر: الاعتصام: 114-115.

([2]) أنظر: التقرير والتحبير: 151/3.

([3]) أنظره: 269/2.

([4]) أنظر: منتهى الوصول: 183, والتلويح: 71/2, والتقرير والتحبير: 150/3.

الثاني: المصلحة التي هي ملائمة لتصرفات الشارع بأن يوجد لها جنس أعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين ثم قال:

وهذا هو الاستدلال المرسل المسمى بالمصالح المرسلة.

أقول وهذا النوع المسمى بالمرسل الملائم, والذي قال فيه إبن الهمام:

(يجب على الحنفية قبول المرسل الملائم لأنه يدخل في المؤثر عندهم)[1].

وقد صرح بقبوله أكثر من واحد من علماء الحنفية, كما صرح بقبوله عند الحنفية أمام الحرمين[2]، وهذا هو المصلحة المرسلة التي نص القرافي من المالكية على أنها مقبولة عند الجميع[3].

وأرى من المناسب أن أذكر هنا نص ما ورد في المنخول[4]:

(والصحيح أن الاستدلال المرسل في الشرع لا يتصور حتى نتكلم فيه بنفي أو إثبات لوقائع لا حصر لها وكذا المصالح وما من مسألة تعرض إلا وفي الشرع دليل عليها أما بالقبول أو الرد, فأننا نعتقد: استحالة خلو واقعة عن حكم الله).

---

([1]) ومن ذلك: الجنون والصبا فإن كلا منهما مؤثر في سقوط العبادة للاحتياج إلى النية وجنس كل منهما والذي هو ( العجز) لخلل القوى مؤثر في سقوط العبادة, أنظر: التلويح: 73/2. و فيه أيضا: (ويتعلق بمطلق العجز حكم فيه تخفيف على الجملة للنصوص الدالة على عدم الحرج والضرر), أنظر: للمثال وما بعده أيضا: التقرير والتحبير: 157/3. وفواتح الرحموت: 268/2, وأنظر لقول إبن الهمام التقرير والتحبير: 151/3, 156, 157, 159.

([2]) أنظر: فواتح الرحموت ومسلم الثبوت: 269/2, وارشاد الفحول: 242.

([3]) أنظر: شرح تنقيح الفصول: 394.

([4]) أنظر: 359.

هذا وقد عرف الأستاذ الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي المصلحة المرسلة بأنها :

(كل منفعة داخلة في مقاصد الشارع دون أن يكون لها شاهد بالاعتبار أو الإلغاء).

ثم بين المراد بالشاهد قائلا:

أن المصالح المرسلة لا بد من أن تكون مستندة إلى دليل ما قد اعتبره الشارع غير أنه لا يتناول أعيان هذه المصالح بخصوصها –أي نوع الوصف– وإنما يتناول الجنس البعيد لها.

ثم قال بأن الجميع قالوا بها.

ومن الأمثلة التي أوردها: جمع أبي بكر الصديق رضي الله عنه للقرآن[1].

ثم قال فليس له أصل يقاس بواسطة وصف مناسب معتبر يجمع بينهما ولكنه داخل ضمن الدين وهو (جنس) شامل لأنواع المصالح الدينية كلها, ولو عثر لهذا العمل على أصل شبيه منصوص عليه لكان الدليل الشرعي حينئذ دالا عليه بعينه أيضا، لا على جنسه البعيد فقط.

وحاصل الكلام: أن المصلحة المرسلة هي المصلحة التي ظهر الاعتبار الشرعي لجنسها البعيد وهذا الجنس البعيد هو مطلق المصلحة, وأذكر فيما يأتي نطاق التأثير عند الحنفية والذي يعني توسع نطاق القياس عندهم لأنا إذا علمنا ذلك, يتبين لنا أن المصلحة المرسلة التي رفضوها

---

([1]) أنظر: له: ضوابط المصلحة: مصدر سابق: 217, وخاتمة الكتاب, وانظر لهذا المثال ويره: شرح تنقيح الفصول: 394. و الاعتصام: 114/2, وما بعدها.

هي المصلحة التي لم يظهر اعتبارها بوجه من الوجوه, هذا فضلا على أمور أخرى ترد في أثناء بيان ما هو مؤثر مما يؤكد أن الحنفية قالوا بالمصلحة المرسلة وأن استحسانهم شامل لها.

## الفرع الثاني

## تحديد الصلة بين الإستحسان والمصلحة المرسلة

صرح بعض الحنفية بأن العلة المؤثرة هي الجنس لا غير[1], وهم يريدون بذلك الوصف الذي ظهر تأثير جنسه في جنس الحكم, وقد سبق بيان ذلك في أثناء الكلام على القياس الخفي وكذا على التأثير الذي هو مدار الإستحسان والذي هو المعنى المؤثر, أو العلة المؤثرة, والكمال إبن الهمام عندما نص على أن المرسل الملائم يدخل في المؤثر عندهم أراد بذلك أنه مندرج ضمن نطاق تأثير الجنس في الجنس وهو القسم الرابع الذي تقدم, والذي هو محل البحث هنا, وقبل بيان ما هو مؤثر أقول: قال القرافي في حقيقة اعتبار الجنس في الجنس عقب المثال الذي تقدم: هو التعليل بمطلق المصلحة[2].

وقال الطوفي: (هو تأثير جنس المصالح في جنس الأحكام, أي إلحاق بعض الأحكام ببعض بجامع المناسبة المصلحية المطلقة )[3] والقرافي الذي قال ما قال في تأثير الجنس في الجنس يقول عن المصلحة المرسلة : ( وأما المصلحة المرسلة فغيرنا يصرح بإنكارها ولكنهم عند التفريع تجدهم يعللون بمطلق المصلحة ولا يطالبون أنفسهم عند الفروق

---

([1]) أنظر: مسلم الثبوت: 269/2.

([2]) أنظر: شرح تنقيح الفصول: 393, وشرح مختصر الروضة: 393/3

([3]) المصدر الأخير نفسه.

والجوامع بإبداء شاهد لها بالاعتبار – بل يعتمدون مجرد المناسبة وهذا هو المصلحة المرسلة)[1].

الظاهر أن القرافي يريد بقوله : (مجرد المناسبة) مطلق المناسبة المصلحية بين الأصل وبين الفرع والذي هو (الجنس البعيد) الذي يلتقيان فيه : ذلك لأنه يقول : أن مشقة السفر رخصة فيعتبر بها غيرها من المشاق , أي يقاس عليها غيرها من المشاق , ومعلوم أن الجامع حينئذ يكون مطلق (دفع المشقة) وهذا جنس بعيد وعليه فإن مراده (بمجرد المناسبة) ليس المناسبة العقلية المجردة التي يعبر عنها الحنفية بالأخالة المرفوضة عندهم –ولا يمكن أن يفسر بذلك.[2]

قال الشاطبي : أن نفي جميع الغرر في العقود لا يقدر عليه وهو يضيق أبواب المعاملات, ثم جاء بعد ذلك إلى بيان الأساس الشرعي للتفرقة بين القليل والكثير وقال ما خلاصته :

إن الفرق بين القليل والكثير غير منصوص عليه في جميع الأمور , والنهي وارد عن بعض أنواع الغرر مما يعظم فيه الغرر, فهذه الأصول الواردة في الفرق بين القليل والكثير تجعل أصولا فيقاس عليها القليل : في الجواز , والكثير في المنع ، ثم قال: ودار بين الأصلين – أي السماح في القليل, والمنع في الكثير– فروع تجاذب العلماء النظر فيه)[3].

وواضح هنا أن المصلحة المرسلة في حقيقتها: إلحاق لبعض الأحكام ببعض بجامع المناسبة المصلحية المطلقة على ما نص عليه

---

([1]) أنظر: الذخير: 144/1, وشرح تنقيح الفصول: 393–394.
([2]) أنظر: الذخيرة: 241/1.
([3]) الأعتصام: 114/2.

الطوفي في تأثير الجنس في الجنس, أقول وهذا الإلحاق أنما هو قياس لأن المنظور إليه في الشاهد – المقيس عليه- هو المعنى الكامن فيه, فالقياس هو استنباط المعاني المودعة في النص , واعتبارها.

ونظراً للتفاوت الموجود بين الوصف في الأصل- كمشقة السفر- وبين الوصف في الفرع – وهو سائر مواضع المشقة عبر إبن رشد عن المصلحة المرسلة , والإستحسان بالقياس المرسل[1] , ولم يرد بقوله: (المرسل) إلاّ الاحتراز من القياس الذي له أصل معين و وقد ذكرت لذلك مثالاً في أثناء الكلام على أفراد المعدول عنه في الفصل الثاني , وخلاصته:

إن المالكية ذهبوا إلى جواز زواج امرأة المفقود بعد مضي أربع سنوات ومضي فترة العدة, ومعتمدهم في ذلك أن في منعها عن الزواج إلحاق للضرر بها ومثل هذا الضرر أعتبره الشرع في الإيلاء والعنة, وقد صرح إبن رشد أنهم قاسوا المسألة على الأيلاء والعنة[2].

والواقع أن هذا التوسع في اعتبار المعاني المودعة في الأحكام المنصوصة هو السبب في عدم تحديد الشاهد الشرعي في كثير من الأحكام التي قالوا بها والتي تعد من الأخذ بالمصلحة المرسلة, فقد اكتفوا في كثير من هذه الأحكام بالقول: أن في ذلك ضرراً[3], وما أشبه ذلك.

---

([1]) أنظر: بداية المجتهد, 57/2, 210 , 290-291, وهذا التفاوت نص عليه السمرقندي في القياس, ولهذا -بحسب ما أرى -لا يتعرض لذكر المصلحة المرسلة في كتابه ميزان الأصول, وكأنه يقول: إذا كان القياس اعتباراً للمعاني المودعة في النص – وهو تعريفه للقياس- فأية مصلحة هذه التي هي خارجة عن كتاب الله ورسوله؟

([2]) بداية المجتهد: 57/2.

([3]) أنظر: مثلا المصدر نفسه: 290/2-291.

وهم يريدون بذلك الإشارة إلى الشاهد الشرعي الذي يستغني عن ذكره لوضوحه, وما ذكرته من كلام القرافي والشاطبي يغني عن التفصيل هنا.

أعود هنا وأقول: لم يحتكم أحد من الأئمة إلى عقله المجرد واستحسانه , ومتى بنوا حكما على مصلحة فإنما بنوه لأنهم أدركوا بثاقب نظرهم اعتبار تلك المصلحة في كتاب الله وسنة رسوله , وهذا عين القياس.

ومن قال بأن المناسبة وحدها تفيد عليه الوصف[1] يريد بذلك المصلحة التي لم يظهر اعتبار نوعها أو جنسها القريب , بل ظهر اعتبار جنسها البعيد غير أن الجنس لما كان بعيدا لم يكن ذلك الأعتبار في درجة وضوح اعتبار النوع أو الجنس القريب , على أن هؤلاء اشترطوا غلبة الظن[2] باعتبار الشارع لتلك المناسبة – أي المصلحة– وغلبة الظن أنما يتحقق بالنظر والتأمل في الأحكام المنصوصة وعلى النحو الذي صوره كل من القرافي والشاطبي , فالفرق بين المصلحة المرسلة والقياس هو أن الاعتبار في الأول خفي وفي الثاني ظاهر وأرى أن الحنفية لم يريدوا بما تقدم تعريفه في القياسين الجلي والخفي إلا ذلك, ومن هنا كان الإستحسان تركا لقياس إلى آخر , أي ترك القياس على أصل ظاهر معين إلى القياس على أصل خفي لمعنى خفي وهو الجنس الذي هو مطلق المصلحة.

---

([1]) أنظر: شرح تنقيح الفصول: 394, و الذخير: 1–143, والتقرير والتحبير: 160/3, وفواتح الرحموت: 300/2, وشرح مختصر الروضة: 402/3, وارشاد الفحول: 215.

([2]) أنظر: الذخيرة: وفواتح الرحموت: نفس الإشارة.

فهذه المقدمة رأيت ذكرها ضرورياً قبل الكلام على نطاق التأثير عند الحنفية وبعد هذا أقول :

القسم الأول من الأقسام الأربعة مؤثر بالاتفاق, وبعض الأصوليين عد الثاني منه أيضاً[1]. لكن الشافعية وآخرين كإبن الحاجب من المالكية عدوا الأقسام الثلاثة الأخيرة ملائماً[2], وأما الحنفية فقد سموا الأقسام الأربعة مؤثراً[3], ثم ذكروا قسما خامسا وسموه بالملائم ويريدون به ملائمة الوصف للعلل المنقولة عن الرسول (صلى الله عليه وسلم والسلف من الصحابة والتابعين بأن لا يكون نائياً عن طريقتهم في النعليل وهذا ما ذكره بعضهم (6) في معنى الملائمة . لكن السمرقندي قال في معناها:

(أي الملائمة والموافقة بين الحكم والعلة عقلا وشرعا بأن كان لا يستحيل إضافة ذلك الحكم إليه عقلاً بل يحسن , كإضافة العقوبات إلى

---

([1]) أنظر: شرح مختصر الروضة: 393/3, والتلويح: 72/2, والتقرير والتحبير: 147/3.

([2]) أنظر: المستصفى: 298/2, ومنتهى الوصول: 183, والتقرير والتحبير: 201/3.

([3]) أنظر: مثلا: التوضيح والتلويح: والتقرير والتحبير: الإشارة نفسها/ وفواتح الرحموت : 265/2, هذا وقد لخص الطوفي أقوال العلماء في تسمية هذه الأقسام فقال : المؤثر فيه قولان:

أحدهما: أنه ما ظهر تأثير عينه في عين الحكم أو في جنسه بنص أو إجماع,

الثاني: أن المؤثر هذان القسمان والقسم الثالث وهو ما ظهر تأثير جنسه في عين الحكم.

وأما الملائم ففيه قولان:

أحدهما: ما ظهر تأثير جنسه في عين الحكم.

ثانيهما: أنه ما ظهر تأثير جنسه فيجنس الحكم. أنظر: شرح مختصر الروضة: 398/3. وما بعدها.

الجنايات وإضافة الثواب إلى الطاعات وإضافة الضمان إلى الإتلافات ونحوها)[1].

وبقريب من ذلك قال التفتازاني وقال أيضا: هو كون الوصف على منهاج المصالح بحيث لو أضيف إليه الحكم انتظم[2].

وهذه الملائمة, سموها أيضا, بالمناسبة المشروطة, كما سموها أيضا بالتأثير, علىما نص عليه التفتازاني , و ملا خسرو[3], وعلى الرغم من أن التفتازاني قال بأن الجنس المراد بالملائمة هو الجنس البعيد, ألا أنه عد المثال الذي أورده صدر الشريعة للقسم الرابع للتأثير, من الجنس البعيد أيضا.

هذا وقد نصّ ملا خسرو أيضاً على أن الحنفية يسمون هذه الملائمة بالتأثير أيضاً[4]. على أنه تجب الإشارة إلى أن بعض الحنفية فرقوا بين الملائمة والتأثير فأجازوا العمل عند ظهور الملائمة, وأوجبوه عند ظهور التأثير, لكن البعض الأخر لم يفرقوا بينهما, فأوجبوا العمل بكليهما, قال في التقرير والتحبير:

(متى كان دليل جواز العمل بالوصف ثابتا وجب على المجتهد العمل به إذ لا يتصور انفكاك جواز العمل بالوصف عن وجوبه به لأن جواز العمل يفيد اعتبار الشارع إياه وهو ترتيب الحكم عليه واعتبار

---

([1]) أنظر له: ميزان الأصول: 832/2, ولما في هذا المعنى أيضا فواتح الرحموت: 265/2.

([2]) التلويح: 70/2 , 75.

([3]) المصدر نفسه: ومرأةالأصول: 247.

([4]) مرآة الأصول: الإشارة نفسها.

الشارع الوصف ليس إلا بكونه مثبتا للحكم حيث ما وجد وحينئذ يجب على المجتهد إثبات الحكم به في محال وجوده لا أنه يجوز له أن يحكم به أو لا يحكم به, إذ عدم الحكم به بعد جعل الشارع إياه مناطا للحكم أينما كان مخالفة للشرع)[1].

وبغية تسليط الضوء أكثر على نطاق القياس عند الحنفية وأثر هذا التوسع, أذكر فيما يأتي اختلاف علماء الحنفية في الاستدلال بالوصف المؤثر هل يسمى قياسا أم لا؟ حيث أن ذلك يوصلنا الى نتيجة وهي أن ما يسمى بالمصلحة المرسلة داخل في نطاق القياس عند الحنفية ...

قال علماء الحنفية في الثيب الصغيرة: أن الأب يزوجها لأنها صغيرة, ولا يزوج البكر البالغة إلا برضاها لانها بالغة.

وقال الشافعية في الثيب الصغيرة: لا يزوجها أبوها من غير رضاها لأنها ثيب وفي البكر البالغة, قالوا يزوجها من غير رضاها لأنها بكر.

ذكر السرخسي هذا المثال وقال:

(فكان المؤثر ما قلنا لأن ثبوت ولاية الاستبداد بالعقد يكون على وجه النظر للمولى عليه باعتبار (عجزه) عن مباشرة ذلك بنفسه مع حاجته إلى مقصوده كالنفقة , والمؤثر في ذلك: الصغر, والبلوغ, دون الثيابة والبكارة , وكذلك في سائر المواضع أنما ظهر الأثر للصغر والبلوغ في الولاية لا للثيابة والبكارة: يعني: الولاية في المال والولاية على الذكر, ثم قال:

---

([1]) أنظره: 160/3.

فعرفنا أنا سلكنا طريق السلف في الاستدلال بالوصف المؤثر[1].

وظهر من هذا المثال أن الحنفية استندوا في الحكم المذكور الى وصف مؤثر وهو الصغر –وجنسه العجز وهو المؤثر– دون الإشارة إلى أصل معين من نوع ذلك الحكم يوجد فيه نوع الوصف أو جنسه والذي هو مشهور بشهادة الأصل.

ولهذا تسائل السرخسي وقال :

(فإن قيل : كيف يستقيم هذا والقياس لا يكون إلا بفرع وأصل, فإن المقايسة تقدير الشيء بالشيء بدون الرد الى الأصل لا يكون قياسا) أجاب:

(إن بعض مشايخ الحنفية قالوا بأن ذكر الأصل في التعليل يكون مقايسة وبدون ذكر الأصل يكون استدلالا بعلة مستنبطة بالراي) قال( لكن الأصح عندي أن نقول: هو قياس على كل حال فإن مثل هذا الوصف يكون له أصل في الشرع لا محالة) .

رد بعض العلماء كإبن الهمام وغيره ما قاله السرخسي وقالوا:

إن مقتضى كلام السرخسي: أنه لا يمكن التعليل بالجنس في الجنس أو العين في الجنس تعليلا بسيطا أصلا, وأن هذا يحتاج الى استقراء يفيد هذا المطلوب[2].

قال صاحب مسلم الثبوت:

---

([1]) أنظر: أصوله: 190/2-191.

([2]) أنظره: التقرير والتحبير: 153/3-154, وفواتح الرحموت: 269/2.

إن هذه الدعوى يجب تصحيحها بالاستقراء ولم يثبت بعد, كيف وقد صرح الشيخ إبن الهمام بان المرسل الملائم مقبول عند الحنفية, فلا يوجد هناك أصل فيه عين الحكم المعتبر مع عين العلة ولو كان التأثير للجنس[1].

وخلاصة ما تقدم : أن ظاهر كلام السرخسي معناه: أن القياس هو ما وجد للحكم المعلل أصل من نوعه يوجد فيه نوع الوصف, وأما ما لم يكن كذلك فإنه لا يكون قياسا بل علة شرعية ثابتة بالرأي –وهكذا سماه النسفي–[2].

لكن ظهر من الجواب المتقدم وبخاصة من جواب صاحب مسلم الثبوت : أن الحنفية قبلوا المرسل الملائم, والمرسل الملائم استناد الى أصول كلية لا تلتقي مع الفرع إلا في الجنس بل الجنس البعيد, وهو مندرج ضمن القياس عند الحنفية, وعلى هذا فإن الاستدلال بالأجناس البعيدة يكون قياساً.

هنا حسم صاحب فواتح الرحموت المسألة وقال كلاما يصور فيه لب كل من القياس والإستحسان, والمصلحة المرسلة فقال ما نصه[3]:

(والحق أنه قياس, لكن لا لأن الأصل هو ما يوجد فيه عين العلة وهو متروك بل لشيء أخر وهو:

(أن الجنس إذا أقتضى الجنس من الحكم تنوع أقتضاؤه في الأنواع بفصول منوعة أي: اقتضى الجنس للعلة في كل نوع منها نوعا من الحكم

---

([1]) انظره: 269/2.

([2]) أنظر: كشف الاسرار: 261/2.

([3]) أنظره: 266/2.

الذي يناسبه، فأنواع الحكم من لوازم تحقق ذلك الجنس في الأنواع, فالأصل في هذا القياس هو ما تحقق فيه (جنس العلة) موجبا (لجنس الحكم) فيتعدى هذا الجنس إلى فرعه الذي هو نظيره, (في هذا الجنس) , لكن يتحقق في نوع مناسب لهذا المحل ويتنوع اقتضاء هذا الجنس في هذا المحل , فالضرورة – وهذا مثال فقط – اقتضت في الاضطرار حل الميتة, لأن اقتضائها فيه يناسبه – واقتضت في الطواف طهارة سؤر الهرة كما يناسب الطواف ذلك[1]. واقتضت عند وجود ماء الشرب دون غيره من الماء جواز التيمم كما يناسبه) وزاد الشارح قائلاً:

(كما أنها اقتضت في النعال الطهارة بالدلك , وفي الحنطة والشعير الطهارة بالقسمة, يعني – والكلام للشارح– : الضرورة جنس اقتضت التخفيف وله أنواع يوجد في كل مادة نوع منه مع ما يناسبه من أنواع الضرورة , فكل نوع من الحكم يصلح مقيساً عليه لآخر إن كان حكمه منصوصاً أو مجمعاً عليه).

وزاد الماتن:

(نعم إذا كان الجنس قريبا ففهم ذلك قريب لظهور ما به الاشتراك – أي بين الوصف في الأصل وبين الوصف في الفرع – وإذا كان بعيدا فأدق وفهمه لا ينال إلا بفكر قوي) ثم خلص إلى القول:

بأن المظهر للتأثير والاعتبار هو الأصل الذي أثر الجنس في جنس حكمه المنصوص أو المجمع عليه , وهذا التساوي في جنس الحكم

---

([1]) أنظر: أصول السرخسي : 187/2, وفيه أن الطواف علة مؤثرة فيما يرجع الى التخفيف.

نحو من المساواة المطلقة المعتبرة في مطلق القياس المعرف: بمساواة الفرع للأصل, لأن المراد أعم من النوعية والجنسية)[1].

إن ما تقدم من كلام هذين العالمين من علماء الحنفية يضع أمامنا جملة من الحقائق , وهي وإن كانت واضحة في النص الوارد لكنني أذكر أبرز ما ورد فيه:

1. إن المنظور إليه في القياس هو المعنى[2]. وليست للصورة فيه مهمة غير التقريب الذهني, والحنفية لم يقولوا القياس الجلي والقياس الخفي إلا بحسب الصورة في الأول وبحسب المعنى في الثاني, واجتماع المعنى والصورة هو المراد بالقياس الجلي الخالي عن معارضة الإستحسان.
2. أن الأمثلة المذكورة استحسان, وهو استحسان الضرورة ورفع الحرج وهو قياس كما هو واضح وما يسمى باستحسان المصلحة غير خارج عن التكييف المذكور.
3. أن هذه الرؤية ناشئة من عد القياس مساواة– في المعنى المؤثر الذي هو الجنس.

فالعجز , والحرج هما جنسا الأمثلة المذكورة. وقد تساوت جميعها في هذين ومن حقنا أن نتسائل هنا ونقول: ما الفرق بين هذا وبين

---

([1]) نص بعض العلماء منهم التفتازاني وملاخسرو, على أن التخفيف في أقسام الأجناس وتحديد قربها و بعدها مما لا يعسر في الماهيات فضلا عن الاعتباريات أنظر: التلويح : 73/2, ومرأة الأصول: 247 ولا يخفى من هذا معنى الترجيح بقوة الأثر.

([2]) قال الزركشي : الإستحسان هو القياس الخفي في المعنى, وله أسم أخر في اللفظ وهو أحد أنواع القياس, أنظر البحر المحيط: 6*93,

المصلحة المرسلة التي قال عنها القرافي انه تعليل بمطلق المصلحة وبينه وبين القياس المرسل الذي عبر به إبن رشد من المصلحة المرسلة تارة وعن الإستحسان اخرى؟

الجواب: هناك فرق واحد وهو أن الحنفية يسمون ذلك قياسا أو مندرجا ضمن القياس, والمالكية يسمونه استدلالا مرسلا أو مصلحة مرسلة.

ولما كان القياس بمثل هذا التوسع, ومن ثم استدل القائلون بالمصلحة المرسلة بأنها لو لم تعتبر لخلت الوقائع من الأحكام, أجاب الحنفية:

(بأن العمومات من الكتاب والسنة والأقيسة المأخوذة من المؤثرات والملائمات عامة للوقائع كلها على ما يظهر بالاستقراء)[1].

والحق أن القياس إذا كان بمثل هذا التوسع فانه لا تبقى مصلحة إلاّ مندرجة ضمنه , فلا إرسال حينئذ يتصور حقيقة, وهذا ما يراه المالكية في واقع الأمر لأن مرادهم بالإرسال هو انعدام الشواهد الخاصة لا انعدام الدليل البتة.

وظهر بما تقدم عدم وجود فرق بين الإستحسان – غير المستند منه إلى النص والإجماع – وبين المصلحة المرسلة.

وبغية التوضيح افرق بينهما وأقول:

إذا قطعنا النظر عن القياس المعارض أستطيع القول :

---

([1]) أنظر: التقرير والتحبير: 151/3, وفواتح الرحموت: 266/2.

بأن الإستحسان قياس يكون الجامع بين الأصل – وبين الفرع – موضع الإستحسان: الجنس الذي هو مطلق المصلحة–الحكمة , أو التأثير , أو المعنى المؤثر, والذي هو : ما علم من مقاصد الشارع عن طريق النظر العقلي في الأحكام المنصوصة.

ولا يخفى مما تقدم, وجود التفاوت من حيث الصورة بين الوصف في الأصل وبين الوصف في الفرع, وكذلك المصلحة المرسلة، فكل منهما قياس يكون الجامع بين الأصل وبين الفرع فيهما, الجنس مع اختلاف الصورة.

وبهذا اتضحت وحدة الأساس بينهما , وسأذكر أمثلة في التطبيقات تؤكد وصول نطاق استحسان الحنفية الى مستوى استحسان المالكية.

## المبحث الثالث

## الفرق بين الإستحسان وبين غيمته ورخصته

نكون في الإستحسان أمام قاعدتين (قياسين) قاعدة معدوا عنها وقاعدة معدول إليها , والأخيرة منهما تتجه غالبا نحو التيسير ورفع الحرج مما قد يؤدي إلى التصور بكون الإستحسان مرادفا للرخصة, مع أن الفرق بينهما من عدة وجوه هي:

1. إن إحدى القاعدتين في الإستحسان لا بد من أن تكون قاعدته مستنبطة, فإذا كانت القاعدة المستنبطة نصا عاما فإن القاعة المعدول إليها لا بد من أن تكون ثابتة بالاجتهاد, وإذا كانت القاعدة المعدول اليها نصا كما في الإستحسان بالنص فإنه لا بد من أن تكون القاعدة المعدول عنها قاعدة ثابتة بالاجتهاد, أما الغريمة والرخصة فكلتاهما قاعدتان ثابتتان بالاجتهاد.
2. تتجه الرخصة دائما نحو التيسير ورفع الحرج أما الإستحسان فإنه يتجه هذا الاتجاه غالبا لا دائما.
3. جمهور القائلين بالإستحسان يرون أن القياس المعدول عنه أو القاعدة المعدول عنها واجب الترك في موضع الإستحسان, بينما لا يكون ترك العمل بالغريمة واجبا عند الأخذ بالرخصة إلا في حالات نادرة وعلى خلاف بين الفقهاء.

## المبحث الرابع

## تعدية الحكم المستحسن

الأصوليون من الحنفية يذهبون الـأن المستحسن بالقياس الخفي يعدى إلى صورة أخرى, وأما المستحسن بالنص والإجماع والضرورة فلا يجوز تعديته الى غيره, فقالوا في وجه جواز تعدية الحكم المستحسن بالقياس الخفي:

إن القياس الخفي وان اختص باسم الإستحسان لمعنى , فهو لا يخرج من أن يكون قياسا شرعيا, وشأن القياس الشرعي التعدية(1).

ومثال ذلك :

إذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن قبل قبض المبيع فإن القول: قول المشتري مع يمينه, لأن البائع يدعى عليه زيادة الثمن والمشتري ينكرها. فيكون القول للمشتري مع يمينه, لأن اليمين في الشرع في جانب المنكر, والمشتري لا يدعي على البائع شيئاً في الظاهر, إذ المبيع صار مملوكا له بالعقد ولم يسلم الثمن حتى يجب على البائع تسليم المبيع.

وفي الإستحسان: يتحالفان, لأن المشتري يدعي على البائع وجوب تسليم المبيع بتسليم الثمن الذي يدعيه, والبائع ينكر الوجوب عليه بذلك القدر, فهذا إنكار باطن لا يعرف إلاّ بضرب تأمل , والأول يعرف ببداهة الحال , فاستحسن العمل بالانكارين معاً.

---

(1) أنظر: أصول السرخسي: 206/2, والتوضيح والتلويح: 84/2-85. والتقرير والتحبير: 225/3, وكشف الأسرار على أصول البزدوي: 11/4. وكشف الأسرار للنسفي: 296/2, وشرح المنار لإبن ملك: 286, والمغني في أصول الفقه: 308.

فهذا الإستحسان يتعدى حكمه الى الاجارة, والى النكاح عند الأمام أبي حنيفة ومحمد, وكذلك يتعدى الى الورثة فيما لو وقع الاختلاف بين الورثة بعد موت المتعاقدين.[1]

ولقد أعترض على تعدية الحكم المستحسن بالقياس الخفي بأعتراضين:

أولهما. إن الحكم الذي يعدى بالقياس هو الحكم الثابت بالنص وأما الحكم الثابت بالقياس فلا يعدى, لأنه يشترط في القياس أن يكون حكم الأصل ثابتا بالكتاب والسنة, وأما إذا كان ثابتا بالإجماع فالراجح صحة القياس , وأما كان حكم الأصل ثابتا بالقياس فلا يصح تعدية هذا الحكم إلى محل أخر عند سائر العلماء ما عدا إبن رشد وجمهور المالكية, فإن الحكم الثابت بالقياس يصح أن يقاس عليه عندهم.

ومن هنا قال المعترضون: أن إثبات التحالف بين ورثتي البائع والمشتري إذا اختلفا في مقدار الثمن قبل قبض المبيع ليس بالقياس على البائع والمشتري, وإنما هو تطبيق للحكم الكلي لكل متداعيين (يعد) كل واحد منهما مدعيا ومنكرا في أن واحد, وكذلك بإثبات التحالف بين المؤجر والمستأجر[2].

أجاب التفتازاني:

بأن المعدى: بالحقيقة هو حكم أصل الإستحسان كوجوب اليمين على المنكر في سائر التصرفات , إلاّ أن صورة التحالف وجريان اليمين

---

([1]) المصادر نفسها.

([2]) أنظر: مصادر التشريع يما لا نص فيه: 76-77, وأصول الفقه: محمد زكريا البرديسي: 323-324, والمقدمات: 22/1, وشرح مختصر الروضة: 303/3.

من الجانبين لما كانت حكم الإستحسان الذي هو القياس الخفي أضيفت التعدية اليه, إذ لا يوجد في الأصل الذي هو سائر التصرفات: يمين المنكر بهذه الكيفية, وهو أن يتوجه على المتنازعين في قضية واحدة[1].

وقد سبق كلام إبن الهمام وإبن أمير الحاج في أن القياس مساواة, وقد بينت أن هذه المساواة أنما تتحقق على أساس التساوي في العاني والحكم, وعليه فإن الحكمة المستنبطة من النص كلما وجدت في محل أخر ثبت له ما ثبت بمقتضى ذلك النص. فالذي شهد لمثال التحالف في البيع هو الشاهد في الإجارة وفي كل ما يتواجد فيه ذلك المعنى.

ونستنتج مما تقدم أنه لا فرق بين حكم مستحسن بقياس خفي هو مفارقة وبين حكم مستحسن بقياس خفي هو للتخفيف, لأن الحرج متى وجد كان النص هو الشاهد، وقد سبق كلام السرخسي في أن الحرج مدفوع بالنص , وعليه فإن المعدي هو حكم أصل الإستحسان, هذا بخصوص المستحسن بالقياس الخفي وأما المستحسن بغيره ففيه التفصيل الأتي:

منع الحنفية تعدية الحكم المستحسن بالنص والإجماع والضرورة, ونحن إذا تأملنا منهجهم في القياس والإستحسان نتوصل الى أن ما قالوه في منع تعدية الحكم المستحسن بالأدلة المذكورة لا يمكن أخذه على إطلاقه , فلقد تبين فيما تقدم أن القياس هو نظر في الأصل لاستنباط المعنى, وبحث عن وجود ذلك المعنى في الفرع, سواء نظرنا الى الفرع أولاً

(1) التلويح: 85/2,

ثم بحثنا عن الأصل- النص والإجماع – أو نظرنا إلى الأصل أولا ووجدنا مثل معناه في الفرع ثانيا فإن النظر متعلق بأمرين:

أولهما: أدراك المعنى المعقول في النص والإجماع.

ثانيهما: تحقق مثل ذلك المعنى في الفرع.

وجمهور الأصوليين يطلقون على الأول تنقيح المناط, وعلى الثاني تحقيق المناط, والحنفية وأن لم يستخدموا هذين المصطلحين فإنهم عملوا بمعناهما[1]. بل ليس القياس عندهم إلا ذلك، وعلى هذا فإن قولهم بمنع تعدية الحكم المستحسن بالنص والإجماع لا بد وان يراد به أمران:

أولهما: أن يكون ذلك الأصل غير معقول المعنى, أي لا يدرك فيه وجه الحكمة على وجه التحديد.

ثانيهما: عدم وجود نظير مساو.

يقول إبن الهمام:

(إن حكم الأصل الجاري على سنن القياس: أن يعقل معناه ويوجد معناه في آخر)[2].

وقد نصّ أكثر من واحد من أصوليي الحنفية أن المراد بالمعدول به عن سنن القياس- والذي لا يجوز القياس عليه- : أن يكون الأصل غير معقول المعنى[3].

---

([1]) أنظر:الأحكام للأمدي: 264/2. حاشية البناني على شرح المحلي على جمع الجوامع: 292/2, وشرح الأسنوي: 74/3, وشرح مختصر الروضة: 240/3, والمسودة: 387, وشرح مختصر الروضة: 240/3-243, والتقرير والتحبير: 1963/3, وفواتح الرحموت: 298/2, والتوضيح: 77/2.

([2]) التقرير والتحبير: 126/3.

([3]) أنظر: ميزان الأصول: 915/2, وكشف الأسرار للنسفي: 177/3.

يقول الطوفي من الحنابلة:

(ما عدل به عن سنن القياس أن لم يعقل معناه كالتعبدات وما أشبهها من التخصيصات لم يقس عليه, وإن عقل له معنى يصلح أن يكون مقصودا للشارع لكونه مناسبا لتحصيل مصلحة أو دفع مفسدة و وجد ذلك المعنى في محل آخر وغلب على ظن المجتهد جواز القياس فلا مانع منه)[1].

وبعد هذا أقول : لقد ثبت مما تقدم أن الإستحسان هو تعليق للعلة أو للحكم بوجود الحكمة, وإذا كان كذلك فإن من غير المتصور عدم تجويز الحنفية تعدية الحكم المستحسن بالنص والإجماع والضرورة ولا سيما أن أكثر المسائل ثابتة بهذه الأدلة معقولة المعاني والحكم, وإذ قالوا ذلك فإن تفسيره –على ما أرى – هو كالأتي:

أولاً. أن موضع الضرورة منصوص عليه أو مجمع عليه, فكلما حصل الاضطرار سقط القياس – الأصل – واندرج الحكم الثابت بالضرورة ضمن دلالات النصوص الواردة في سقوط التكليف بالضرورة[2], وعليه فإنه لا يوجد موضع ضرورة إلاّ ويكون التكليف فيه ساقطا بالنص أو الإجماع فلا أثر حينئذٍ للقول بجواز التعدية وعدم جوازها .

---

([1]) شرح مختصر الروضة: 303/3.

([2]) قال عبدالعزيز البخاري وغيره: للضرورة أثر في سقوط التكليف: أنظر: كشف الأسرار: 11/4.

والواقـع أن الضـرورة هـي أسـاس الإجمـاع فـي كثيـر مـن المسـائل الإستحسانية المضافة إلى الإجماع , ولهذا لا يذكره بعض الحنفية ضمن أنواع الإستحسان[1].

**ثانياً. أن الحكم المستحسن بالنص لايخلو**

إمـا أن يكـون معقـول المعنـى وهـو مـا عليـه أكثـر المسـائل الإستحسانية الثابتة به. وأما أن لا يكون كذلك:

فإذا لم يكن معقول المعنى فهذا مما لا يقبل التعدية لأن التعدية فرع تعقل العلة[2]. وهذا معلوم.

وأما إذا كان معقول المعنى فلا يخلو:

أما أن يكون له نظير يساويه في ذلك المعنى[3] – المؤثر– أو لا يكون له نظير يساويه فإذا لم يكن له نظير يساويه في المعنى الذي تعلق بـه القصـد فـلا يعدى حكمـه , لأنـه قد سبق بيـان أن مـدار القيـاس هـو الحكمـة, وأن المؤثر فـي الحكم شرعا هو الحكمـة الباطنـة علـى مـا نـص عليـه السرخسـي وغيره من القـائلين بـالإستحسـان وأمـا إذا كـان لـه نظيـر يساويه فـي ذلك المعنـى المعقول , فـإن حكمـه يعدى غير أن الحنفيـة لـم يعدوا ذلك الحكم الثابت في المحل الآخر المعدى إليه الحكم: حكما ثابتا بالقياس بل بدلالة النص[4].

---

([1]) أنظر: ميزان الأصول: 903/2.

([2]) أنظر: أصول السرخسي: 179/2.

([3]) واستثنى من ذلك ماخص بحكمه كالاعرابي باطعام كفارته أهله, وما نص على الاكتفاء فيها مما هو مذكور كشهادة خزيمة, أنظر تفاصيل ذلك في التقرير التحبير: 126/3–130. وأيضا: المستصفى: 326/2–329, الابهاج:160/3–161: نفس الإشارة.

([4]) انظر:التقرير والتحبير : نفس الإشارة.

وفيما يأتي أذكر مثالا لكل حالة من الحالات الثلاث الواردة:

مثال الحالة الأولى: ما كان الحكم المستحسن الثابت بالنص غير معقول المعنى: سبق قول الحنفية بان المتبايعين اختلفا في مقدار الثمن قبل قبض المبيع تحالفا وترادا, ومن ثم قالوا بتعدية هذا الحكم إلى الإجارة وغيرها على ما مر، وأما بعد القبض فإن التحالف والتراد مثبت بالنص لا بالقياس وهو قوله صلى الله عليه وسلم:

(إذا أختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا)[1].

وهنا قالوا بعدم جواز تعدية الحكم إلى الوارث والى حال هلاك السلعة وغيرها.

قال التفتازاني:

(وأما وجوب التحالف بعد القبض فلا يتعدى إلى الوارث والى حال هلاك السلعة , لأنه غير معقول المعنى, إذ البائع لا ينكر شيئا فيقتصر على مورد النص وهو تحالف المتعاقدين حال قيام السلعة)[2].

---

([1]) لم يرد لفظ (تحالفا) في الحديث في حدود المصادر المتوفرة, قال الحافظ إبن حجر في التخليص 31/3, بعد تخريج الحديث : ( وأما رواية التحالف فأعترف الرافعي في (التذهيب) أنه لا ذكر لها في شيء من كتب الحديث وأنما توجد في كتب الفقه*. غير أنه ورد في سنن الدار القطني باللفظ الأتي: 18/3: إذا اختلف البيعان ولا شهادة بينهما ستحلف البائع ثم كان المبتاع بالخيار أن شاء أخذ وأن شاء تركه) وفي مسند الأمام أحم: ( 466/1, عن عبدالله إبن مسعود رضي الله عنه أنه قال ( حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أتنفي مثل هذا فأمر البائع أن يستحلف, ثم يخير المبتاع إن شاء أخذ وإن شاء ترك) وانظر للحديث بألفاظ أخرى : سنن النسائي: 303/7, والدار القطني :19/3, 20 , 21 والمستدرك: 45/2-48, والسنن الكبرى: 332/5-333, ولم يرد لفظ تحالفا في جميع هذه المصادر.

([2]) انظر: التلويح: 85/2.

الحالة الثانية: ما إذا كان الحكم المستحسن معقول المعنى ولكن لم يكن له نظير يساويه.

إن عقد السلم ليس له نظير, وأقرب شيء إليه أن يقال: أن السلم عقد فهو نوع بيع يتعدى حكمه إلى السلم الحال[1].

ومن هنا اختلف العلماء ولهم في ذلك مذهبان:

المذهب الأول: يجوز السلم الحال:

وهو مذهب الشافعية.

وعمدتهم: أنه لو جاز مع الأجل فهو حالا أجوز لأنه أقل غررا, إضافة إلى أنه عقد معاوضة[2].

المذهب الثاني: قالوا لا يجوز:

وهو قول الحنفية والمالكية والحنابلة[3].

ومما استدلوا به: أن الأجل شرط في السلم, ولأن في التأجيل معنى جديرا بالاعتبار, وهو أن المسلف يرغب في تقديم الثمن لاسترخاص المسلم فيه, والمسلم إليه يرغب فيه لموضع النسيئة, وإذا لم يشترط الأجل زال هذا المعنى, وقال بعضهم: بأنه شرع لدفع حاجة المفاليس[4]. والأمر الملاحظ هنا: أن عدم التعدية كان لعدم وجود التأجيل الذي به تعلقت

---

([1]) أنظر: كشف الأسرار للنسفي : 224/2, وصورة السلم الحال أن يقول: أسلمت عشرة في كر حنطة ولم يذكر الأجل, أنظر : البداية: 623.

([2]) أنظر: روضة الطالبين: 7/4, ورحمة الأمة: 144.

([3]) أنظر: المنتقى: 297/4, والتقرير والتحبير: 128/3, والروض المربع : 237.

([4]) أنظر : البناية: 624/6, والتقرير والتحبير: 126/3, وبداية المجتهد: 219/2.

الحكمة, فعدم تعدية حكم السلم كان لعدم وجود نظير يساويه في المعنى الذي تعلق به القصد.

الحالة الثالثة: وهي ما كان الحكم المستحسن فيها, معقول المعنى وقد وجد له نظير مساو.

ومثاله:

إن عدم دخول شيء إلى الجوف هو ركن الصوم, لذا فإن الأكل والشرب سواء كان عمدا أو سهوا يوجب فساد الصوم, لأن الشيء لا يبقى بعد فوات ركنه فهذا هو القياس[1]. ولكن النص ورد بعدم فساد صوم الأكل أو الشارب الناسي, وهو قوله صلى الله وسلم: (تم على صومك فإنما أطعمك الله وسقاك)[2].

والذي تعلق به النظر هنا هو: إن الأمام الشافعي قاس المكره والمخطئ على الناسي[3]. ولكن الحنفية لم يعدوا الحكم إليهما إذ فرقوا بين النسيان وبين الخطأ والإكراه في أن الفعل في النسيان مضاف إلى الباري تعالى , وفي الخطأ والإكراه مضاف إلى العبد , إلى غير ذلك من وجوه التفرقة التي بعضها موضع نظر لا ضرورة هنا لذكرها .

---

([1]) واليه ذهب الأمام مالك, وسيأتي تفصيل هذا المثال في أمثلة الإستحسان بالنص.

([2]) انظر: أصول السرخسي: 202, وكشف الأسرار لعبد العزيز البخاري: 5/4. وللنسفي: وباسفله نو الأنوار: 2/226-227, والتقرير والتحبير: 129/3. وأنظر: للحديث البخاري هامش الفتح: 130/4, وجاء فيه بلفظ: (من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه). وسيأتي هذا المثال في التطبيقات ضمن الإستحسان بالنص.

([3]) أنظر: المستصفى: 328/2.

والـذي يهمنـا هنـا بالدرجـة الأسـاس: أن الحنفيـة عـدو الحكـم المستحسن بالنص إلى المواقع ناسياً , غير أنهم قالوا أن الحكم بعدم فساد صوم المواقع ناسياًً لم يثبت قياساً على الأكل أو الشارب ناسياً , بل هو حكم ثابت بدلالة النص[1].

ومهما اختلفت عباراتهم فإنهم رأوا أن العلة هي النسيان الذي لا يمكن الأحتراز عه وقد وجد ذلك في المجامع فألحقوه بالأكل والشارب ناسياً.

وهنالك أمثلة أخرى واضحة في أنهم عدوا الحكم المستحسن بغير القياس الخفي إلى مواضع أخرى يتواجد فيها نفس المعنى الذي تعلق به القصد في النص[2].

## المبحث الرابع

## حكم العمل بالقياس المتروكم

المسائل التي يتنازع فيها موجب القياس مع الإستحسان هل تعد من المسائل التي فيها رأيان : أحدهما القياس , والثاني الإستحسان, والأخذ بالإستحسان حينئذ يكون أخذا بالرأي الراجح, والأخذ بالقياس يكون

---

(1) أنظر: كشف الأسرار للنسفي: 226/2, والتقرير والتحبير: 129/3-130

(2) انظر: مثال جواز اشتراطاً لخيار لغير المتعاقدين, هذا وقد ذهب الأمام مالك في قول له إلى جواز القياس على الرخص وهو ما ذهب إليه الأمام الشافعي وجمهور أصحابه وبه قال الحنابلة أنظر: شرح تنقيح الفصول: 415-416, وتقريب الوصول: 133, والإبهاج: 159/3, واللمع: 103, وحاشية البناني: 139/2, وروضة الناظر: 331/2-332, وارشاد الفحول: 204.

قد أخذ بقول مرجوح, أم أن تلك المسائل تعدّ من المسائل التي ليس فيها إلا قول واحد[1]؟

الجواب:

اختلف القائلون بالإستحسان بهذا الخصوص ولهم في ذلك اتجاهان:

الاتجاه الأول:

قالوا: يجوز العمل بالقياس المتروك.

وهو ظاهر كلام البزدوي من الحنفية, وهو ظاهر موقف الحنابلة[2]. وهذا يعني أنهم يرون: أن في المسألة قولين يجوز الأخذ بأي منهما.

الاتجاه الثاني:

قالوا: لا يجوز العمل بالقياس المتروك .

نصّ عليه الجصاص , والسرخسي والتفتازاني وهو الظاهر من مذهب جمهورهم[3].

مناقشة الاتجاهين:

قال البزدوي: أنما الإستحسان عندنا أحد القياسين , لكنه يسمى به أشارة إلى أنه الوجه الأولى في العمل به , وأن العمل بالآخر جائز كما جاز العمل بالطرد, وأن كان الأثر أولى منه .

---

(1) أنظر: أصول الفقه للشيخ محمد أو زهرة: 213.

(2) انظر: أصول البزدوي: وعليه الكشف: 3/4-4, والمسودة : 454, وشرح مختصر الروضة: 199/3.

(3) انظر: أصول الجصاص: ورقة: 97. و أصول السرخسي: 201/2.

وهذا الكلام صريح في جواز العمل بالقياس المتروك في موضع الإستحسان وهكذا فهمه نجم الدين الطوفي من الحنابلة.

و قال عبدالعزيز البخاري:

إن ظاهر كلامهم يوهم أن العمل بالقياس الذي عارضه استحسان جائز لكن العمل بالإستحسان أولى, ثم أول كلامه على أساس أنه أراد بقوله: (والعمل بالآخر جائز) أن العمل بالقياس جائز عند سلامته عن معارضة الإستحسان الذي هو أقوى.

وقد استند عبدالعزيز البخاري في هذا التأويل إلى قول البزدوي في موضع أخر: (فسقط القياس في معارضة الإستحسان)[1].

والواقع أن قوله الأول صريح , وتأويل عبدالعزيز البخاري له بعيد وأن كان محتملاً , ولقد فهم كل من السرخسي والتفتازاني كلام البزدوي على أنه يرى جواز العمل بالقياس المتروك, فقال السرخسي[2]:

(وظن بعض المتأخرين من أصحابنا أن العمل بالإستحسان أولى مع جواز العمل بالقياس في موضع الإستحسان, وشبه ذلك بالطرد مع المؤثر فإن العمل المؤثر أولى وأن كان العمل بالطرد جائزا ثم قال:

(وهذا وهم عندي فإن اللفظ المذكور في الكتب في أكثر المسائل: إلا أنا تركنا هذا القياس والمتروك لا يجوز العمل به , وتارة يقول- والظاهر أنه يقصد الأمام أبا حنيفة -: إلاّ أني استقبح ذلك , وما يجوز

---

([1]) اصول البزدوي: وعليه الكشف: 4/4, 6.

([2]) انظر: أصوله: 206/2, والتلويح: 82/2.

العمل به من الدليل شرعاً فاستقباحه يكون كفراً , فعرفنا أن الصحيح ترك القياس أصلاً في الموضع الذي نأخذ فيه الإستحسان) وزاد قائلاً:

(وبه يتبين أن العمل بالإستحسان لا يكون إلاّ مع قيام المعارضة ولكن باعتبار سقوط الأضعف بالأقوى).

وذهب التفازاني إلى أن القياس المستحسن هو الراجح والمعدول عنه هو القياس المرجوح, ثم قال:

(ثم الصحيح أن معنى الرجحان ههنا– أي في مقام الإستحسان : تعين العمل بالراجح وترك العمل بالمرجوح)[1].

أقول:

المذهب الثاني هو الراجح , ما دام حكم القياس أنيط بما علم من قصد الشارع فيه فحيث غلب على الظن وجوده فيه في موضع وجب العمل بمقتضاه كما يجب إيقاف العمل به حال العلم بخلوه مما علم من قصد الشارع فيه , ثم أن ما دام القياس مساواة , والإستحسان قياس, فإنه لا بد من القول بموجب الإستحسان عند غلبة الظن بتساوي موضع الإستحسان مع الأصل الشاهد في المعنى المؤثر .

---

([1]) التلويح نفس الإشارة : وفيه أيضاً : (وظاهر كلام فخر الإسلام أنه الأولوية حتى يجوز العمل بالمرجوح).

# الباب الثاني
# حجية الاستحسان وأنواعه
# مع نماذج من تطبيقاته

## تمهيد

يتألف هذا الباب من فصلين يتضمن الفصل الأول منهما آراء العلماء وأدلتهم بشأن حجية الاستحسان وعدم حجيته, ومناقشة تلك الأدلة, ولما كان إمامنا الجليل الشافعي قد حمل راية المعارضة وعلى النحو الذي يأتي تفصيله , كان لا بد من توضيح حقيقة ذلك الاستحسان الذي عده– على ما هو مشهور عنه – وضعا للشرع بالرأي , ولهذا فإن مناقشة حقيقة ذلك الاستحسان تكون المحور الرئيس في هذا الفصل, وسيضعنا التفصيل في ذلك إمام جملة من الأمور الهامة التي لا غنى عنها للوقوف على حقيقة الاستحسان بوجه عام.

وأما الفصل الثاني فإنه يتضمن عرض آراء العلماء ومسالكهم على اختلاف مذاهبهم في تقسيم الاستحسان وبيان أنواعه, وسأناقش بعد ذلك أساس الاختلاف وحقيقته . وأختم هذا الفصل بإيراد نماذج من المسائل الاستحسانية , أبين في أكثرها أراء الأئمة وأصحابهم وسيبرز خلال تلك الأمثلة أثر الاختلاف في الاستحسان الذي يمكن وصفه بأنه اختلاف في التوسع والتضييق لا أكثر.

# الفصل الأول

## حجية الاستحسان

وفيه مبحثان :

المبحث الأول: آراء الأصوليين في حجية الاستحسان وأدلتهم.

المبحث الثاني: حقيقة موقف العلماء من الاستحسان.

**تمهيد**

عقدت هذا الفصل لبيان الخلاف في حجية الاستحسان , وبيان أدلة المختلفين , ومن المعلوم أن الاستحسان الذي رفع لواءه الحنفية قد واجه في أول الأمر معارضة قوية . وكان من أشد المعارضين إمامنا الجليل: الشافعي رحمه الله تعالى , ويبدو أن موقف الإمام الشافعي قد جاء نتيجة لفهم الاستحسان على نحو لم يقصد إليه الحنفية قطعاً , ولا يمكن أن يكون مقصداً لأحد من العلماء القائلين بالاستحسان المنضبط الذي اتضحت معالمه فيما بعد ، وبعد أن اتضحت معالم الإستحسان وبانت أهدافه أخذت المعارضة تخبو شيئاً فشيئاً حتى وجد من يقول بعد ذلك : أن الخلاف بين القائلين به وبين منكريه خلاف لفظي , ومن هنا رأيت من المناسب أن أتكلم على الخلاف في حجية الاستحسان أولا لأهمية ذلك, ثم أذكر الموقف الحقيقي للعلماء منه بعد أن اتضحت معالمه وخفت معارضته... وسأتكلم على كل من الأمرين في مبحث مستقل ، لذلك فإن هذا الفصل يتضمن مبحثين:

المبحث الأول : آراء الأصوليين في حجية الاستحسان وأدلتهم.

المبحث الثاني : حقيقة موقف العلماء من الاستحسان.

## المبحث الأول

## آراء الأصوليين في حجية الاستحسان وأدلتهم

ذكرت فيما مر أنني سأتحدث عن حقيقة موقف العلماء من الاستحسان في مبحث مستقل وبشيء من التفصيل , لذلك فإني أقتصر في هذا المبحث على ذكر بيان موجز لآراء الأصوليين ومذاهبهم في حجية الاستحسان أولا, ثم بعد ذلك أفصل في ذكر أدلة كل مذهب ومناقشتها, وذلك على النحو الأتي:

**آراء الأصوليين في حجية الاستحسان**

اختلف الأصوليون في حجية الاستحسان ولهم في ذلك مذهبان :

**المذهب الأول:**

الاستحسان ليس بحجة , ولا يجوز بناء الأحكام عليه.

وهو مذهب الإمام الشافعي وجميع أصحابه[1]. وبه قال بعض المالكية كأبى الوليد الباجي[2] كما هو قول بعض الحنابلة كابن القيم و ابن قدامة[3], وبه قال ابن حزم الظاهرى و نسب إنكار القول بالاستحسان إلى احمد بن محمد الطحاوى من الحنيفة[4], وهو مذهب الشيعة الإمامية[5]

---

(1) الرسالة: 505, والأم: 271/7, والمنخول: 374, والمستصفي: 274/1, والتبصرة: 492, واللمع: 121, والأحكام للآمدي: 393/2, والإبهاج: 188/3, وشرح الأسنوي والبدخدشي على منهاج الوصول: 138/3, والبحر المحيط: 94/6, والمحصول: ق2, ج2 : 166-172, وفيه : اتفق أصحابنا على إنكار الاستحسان,

(2) المنتقى:5|89, واحكام الفصول: 567, و الحدود في أصول الفقه: 68 ونسب القرافي انكار القول بالاستحسان إلى العراقيين من المالكية, انظر: الذخيرة: 1|148, وشرح تنقيح الفصول: 452.

(3) أعلام الموقعين: 1|69, وروضة الناظر: 1|410, و المغني: 6|281.

(4) الأحكام في أصول الأحكام: 6|192.

(5) الأصول العامة لفقه المقارن, محمد تقي الدين الحكيم: 363, ومصادر الحكم الشرعي للشيخ كاشف الغطاء:110.

**المذهب الثاني:**

قالوا: الاستحسان حجة تثبت به الأحكام.

وهو مذهب الأئمة أبي حنفية[1], ومالك[2] أحمد بن حنبل[3], وبه قال الحنيفة , وجمهور المالكية , وبعض الحنابلة كالقاضي أبي يعلى وأبي الخطاب[4], وإليه ذهب الزيدية[5].

**توضيح:**

اختلف النقل عن المالكية والحنابلة بخصوص قولهم بالاستحسان فقد حصر الآمدى وأبن الحاجب القول به على الحنيفة والحنابلة , بينما حصر المحلي القول به على الحنيفة دون غيرهم وردّ ما ذكره ابن الحاجب و قال:

---

([1]) أصول الجصاص: 298, ميزان الأصول: 2|898=899, وكشف الاسرار على أصول البزدوى: 4|32, ومناقب الإمام الاعظم للموفق الملكي: 1|82, 90.

([2]) أحكام القرآن لابن العربي: 2|754=755, و الموافقات: 1|40, و 4|209, و الاعتصام: 2|137, وبداية المجتهد:2|310, و المدونة الكبرى: 10|247, و البحر المحيط للزركشي: 6|89.

([3]) روضة الناظر: 1|407. و المسودة: 451. وشرح الكوكب المنير: 387, وشرح مختصر الروضة: 3|197, و المختصر في أصول الفقه لابن اللحام: 162, و المدخل إلى مذهب الإمام احمد بن حنبل: 135.

([4]) المصادر نفسها وأيضاً, أصول السرخسي: 2|200, و المنار وشرحه للنسفي: 2|290, وشرح لبن ملك عليه: 284, والتقدير والتحبير: 3|221, الصفحات المؤشرة وما بعدها, والحدود في أصول الفقه للباجي: 67, وإرشاد الفحول: 241.

([5]) مناهج الاجتهاد في الإسلام الدكتور محمد سلام مدكور: 735, وسائل من الفقه المقارن , ومصدر سابق, 1|48.

"قال به أبو حنيفة , وأنكره الباقون من العلماء منهم الحنابلة, خلاف قول ابن الحاجب: قال به الحنفية و الحنابلة"[1].

غير أن ما هو مثبت من مواقفهم مأخوذ من مصادرهم كما هو مؤشر, على أن هنالك تفصيلا بشأن موقف الأصوليين من الاحتجاج بالاستحسان يأتي ذكره أثناء الكلام على تحرير محل الخلاف وفيه يتبين سبب هذا الاضطراب في النقل.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن بعض الباحثين المعاصرين يذكرون فضلا على المذهبين السابقين مذهباً ثالثاً مفاده : أن الاستحسان حجة غير أنه ليس دليلاً مستقلاً[2], لكني لم أجد في حدود ما طلعت عليه من يذكر هذا المذهب من الأصوليين , بل ليس هناك من القائلين به من يعده دليلاً مستقلاً , على ما سيأتي توضيحه لاحقاً , ولعل مستند هؤلاء هوقول بعض الأصوليين كالشوكاني , بأن الاستحسان أن كان حجة فهو راجع إلى الأدلة و حينئذ لا فائدة ترتجى من ذكره في بحث مستقل[3]. وواضح أن هذا لا يراد به إحداث قول ثالث في المسألة.

وبعد هذا انتقل إلى ذكر الأدلة , وسأقسمها على ثلاثة مجموعات أخصص لكل مجموعة منها مطلبا مستقلا, لذلك فإن هذا المبحث يتضمن ثلاثة مطالب وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: أدلة المثبتين لحجية الاستحسان ومناقشاتها.

---

[1] مناهج الأحكام للآمدى: 2|390, و منتهى الوصول: 207, و شرح المحلى على جمع الجوامع : 2|218.

[2] أصول الفقه : بد ران ابو العينين بد ران: 309.

[3] إرشاد الفحول : 241.

المطلب الثاني: أدلة المنكرين لحجية الاستحسان ومناقشتها.

المطلب الثالث: أدلة مستنبطة من الكتاب والسنة وعمل الصحابة, دالة على حجية الاستحسان.

## المطلب الأول

## أدلة المثبتين لحجية الاستحسان ومناقشتها

استدل القائلون بالاستحسان بأدلة عدة لإثبات حجية ما ذهبوا إليه, وهي الأدلة الستة الآتية :

"الدليل الأول و مناقشته"

قوله تعالى:

"واتبعوا أحسن ما أنزل إليكم من ربكم"[1].

وجه الاستدلال:

إن فيها الأمر بإتباع أحسن ما أنزل, والأمر للوجوب , فدل على ترك بعض وإتباع بعض بمجرد كونه أحسن , وهو معنى الاستحسان لذا فهو حجة لكونه حسنا عند الله تعالى[2].

**مناقشة هذا الدليل**

رد هذا الاستدلال: بأن الآية لا تدل على أن الاستحسان دليل.

قال الغزالي والآمدى:

---

([1]) سورة الزمر: 55.

([2]) الأحكام للامدى: 2|393 و حاشية السعد: 2|289, والمستصفي: 1|277, وتبصرة: 495.

إنه لا دلالة فيها على أن ما صاروا إليه دليل منزل فضلاً على كونه أحسن ما أنزل[1].

وقال أبو اسحق الشيرازى:

"هذا أمر بالإتباع لما انزل و كلامنا : فيما يستحسنه الإنسان من تلقاء نفسه من غير دليل"[2].

وقال الشاطبي وهو من المثبتين لحجية الاستحسان:

"أنه لا متعلق به, فإن أحسن الإتباع إلينا إتباع الأدلة الشرعية ولاسيما القرآن, فيفتقر أصحاب الدليل أن بينوا أن ميل الطباع أو أهواء النفوس مما انزل إلينا فضلاً عن أن يكون من أحسنه"[3].

**الدليل الثاني ومناقشته**

قوله تعالى:

"فبشر عباد الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه"[4]

وجه الاستدلال:

إنها واردة في معرض الثناء والمدح لمتبع أحسن القول , مع أن القرآن كله حسن[5].

**الاعتراضات:**

قال الامدى:

---

(1) المستصفي والأحكام: نفس الإشارة.

(2) التبصرة : الإشارة نفسها.

(3) الاعتصام : 2|151=152.

(4) سورة الزمر : 17=18.

(5) الأحكام للآمدى : الإشارة السابقة.

لا دلالة فيها على وجوب إتباع أحسن القول وهو محل النزاع.

ورد الغزالي هذا الاستدلال وكذا الاستدلال بالآية السابقة بالقول:

"إن إتباع أحسن ما انزل إلينا هو إتباع الأدلة , فبينوا أن هذا مما انزل إلينا فضلاً على أن يكون من أحسنه وهو كقوله تعالى:

"واتبعوا أحسن ما انزل إليكم من ربكم".

ثم نقول: نحسن نستحسن إبطال الاستحسان وان لا يكون لنا شرع سوى المصدق بالمعجزة وليكن هذا حجة عليهم"[1].

واعترض أبو الوليد الباجى على هذا الاستدلال من وجهين:

الأول: إن أحسنه هو الذي يكون مع الدليل.

الثاني: لو كانت هذه الآية محمولة على عمومها لوجب أن يكون استحسانا لتحريم القول بالهوى و الشهوة عليكم حسنا ولوجب إتباعه, ثم قال: وهذا يبطل تعلقهم به[2].

واعترض الشاطبي أيضاً على هذا الاستدلال وقال:

إن هذا يحتاج إلى بيان أن ميل النفوس يسمى قولاً , وحينئذٍ ينظر إلى كونه أحسن القول , وهذا كله فاسد, ثم نعارض هذا الاستحسان بأن عقولنا تميل إلى إبطاله وأنه ليس بحجة , وإنما الحجة : الأدلة الشرعية المتلقاة من الشرع"[3].

---

([1]) المستصفي: الإشارة السابقة و أيضاً: الناضر: 1|411 , والأحكام للآمدى: الإشارة السابقة.

([2]) أحكام الفصول: 567.

([3]) أحكام الفصول: 567.

وعد ابن حزم الاستدلال المذكور احتجاجاً عليهم لا لهم , لأن الله تعالى لم يقل : فيتبعون ما استحسنوا ، وإنما قال عزّوجل "فيتعبون أحسنه" وأحسن الأقوال هو ما وافق القرآن وكلام الرسول (صلى الله عليه وسلم) ، وقال : (وهذا هو الإجماع المتيقن ، ومن قال غير هذا فليس مسلماً وهو الذي بينه عزّوجل بقوله : "فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر"[1]، ولم يقل: فردوه إلى ما تستحسنون"[2].

## الدليل الثالث ومناقشته

ما عده المستدل قولا للرسول صلى الله عليه وسلم وهو: "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن"[3].

---

([1]) سورة النساء: 59.

([2]) الأحكام: 6/192-193.

([3]) لم يرد مرفوعاً, والمحفوظ وقفه على ابن مسعود رضي الله عنه, رواه الإمام احمد في مسنده: 1|379, و الحاكم: 3|78=79 من طريق أبي بكر بن عياش: حدثنا عاصم عن زر بن حبيش عن عبدالله بن مسعود قال "ا الله نظر في قلوب العباد فوجد قلب محمد (صلى الله عليه وسلم) خير قلوب العباد فاصطفاه لنفسه فابتعثه برسالته ثم نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد, فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون عن دينه فما رأي المسلمون حسنا فهو عند الله حسن, وما رأوا سيئا فهو عند الله سيء" وصححه الحاكم ووافقه الذهبي وأورده الهيثمي في (المجمع): 1/177-178 وقال: رواه احمد والبزاز والطبراني في الكبير ورجاله موثوقون . وأنظر أيضاً : المقاصد الحسنة: 367.

**وجه الاستدلال:**

إن المقصود هنا: هو ما رآه المسلمون بعقولهم وإلاّ لو كان حسنه بالدليل الشرعي لم يكن من حسن ما يرون , إذ لا مجال للعقول في التشريع على ما زعمتم, فلم يكن للحديث فائدة فدل على أن المراد ما رأوه برأيهم"[1].

**اعتراض :**

اعترض على هذا من جهتين , إحداهما : من حيث كونه حديثا, والأخرى: من حيث ما يدل عليه, فمن حيث الاعتبار الأول قال المعترضون:

إن هذا ليس حديثا بل هو من قول عبدالله بن مسعود رضي الله عنه, قال ابن حزم:

"وهذا لا نعلمه بسند إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجه أصلاً, وأما الذي لا شك فيه فإنه لا يوجد البتة في مسند صحيح, وإنما نعرفه عن ابن مسعود"[2].

وأما من حيث ما يدل عليه فاعترضوا بما يأتي[3]:

أولاً: أنه خبر واحد – على فرض كونه مرفوعاً – وخبر الواحد لا تثبت به الأصول.

---

([1]) الاعتصام : 2|137, وحاشية السعد: 2|289.

([2]) الأحكام: 6|194.

([3]) المستصفي: 1|278 , والأحكام للآمدى: 2|394, ولابن حزم: 6|194 والتبصرة: 495, و منتهى الوصول: 208, وحاشية السعد: 2/289و الاعتصام: 152/2.

ثانياً: إن لفظ "المسلمون" صيغة عموم, فالمعنى: ما رآه جميع المسلمين حسنا, فيتناول إجماع جميع أهل الحل و العقد, إذ الأمة لا تجتمع على حسن شيء إلاّ عن دليل و الإجماع حجة, وهو مراد الخبر, وليس المقصود هنا ما رآه كل واحد حسنا, وإلاّ لزم حسن ما رآه آحاد العوام حسناً .

قال الباجي :

"إن المسلمين إذا رأوا شيئا حسنا كان ذلك إجماعاً وصواباً, لعصمة جميع المؤمنين , وليس خلافنا معكم في نفس الحسن وإنما اختلفنا من جهة الاستحسان , وعندنا أن الأمة لا تجمع على حسن إلاّ عند دليل وإلاّ كان إجماعها خطأ , فدلوا على أنها أجمعت على الحكم شهوة وميلاً إليه بغير دليل إن كنتم قادرين"[1].

هذا وان الجواب على ما قاله المعترضون بشأن الأدلة الثلاثة المذكورة يأتي من خلال تعقيب أذكره بعد الفراغ من ذكر الأدلة الأخرى.

**<u>الدليل الرابع ومناقشته</u>**

قالوا : ثبت من استقراء الوقائع وأحكامها أن إطراد القياس واستمرار العموم أو تعميم الحكم الكلي قد يؤدي في بعض الوقائع إلى تفويت مصالح الناس, لذا فمن العدل و الرحمة بالناس أن يفتح للمجتهد باب العدول في هذه الوقائع عن حكم القياس أو الحكم الكلي إلى حكم آخر يحقق المصلحة ويدفع المفسدة وهذا العدول المقصود به: درء المفاسد وجلب المصالح هو الذي نسميه بالاستحسان , والاستحسان على

---

([1]) أحكام الفصول: 567 و لقريب من ذلك, المصادر السابقة.

اختلاف أنواعه عدول عن موجب القياس أو عموم العام في كل جزئية منها إنما هو لجلب نفعٍ أو درء الضرر أو لإيثار مصلحة راجحة[1].

وهذا الدليل هو المراد بتعريف ابن رشد أن الاستحسان طرح لقياس يؤدى إلى غلو ومبالغة في الحكم, فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم... وهو المراد يقول ابن رشد – الحفيد – بقوله :

"الاستحسان في أكثر الأحوال التفات إلى المصلحة و العدل"[2].

والى هذا الدليل أشار السرخسي بقوله :

"الاستحسان هو ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس"[3].

يقول الشاطبي :

"إن الاستحسان هو نظر إلى لوازم الأدلة ومآلاتها, إذ أن عدم اعتبار المآل في جريان الدليل وإجراء القياس بصورة مطلقة يؤدى إلى حرج ومشقة في بعض موارد فيستثنى موضع الحرج, فهو رجوع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة"[4].

وهذا الذي تقدم هو المراد بقول اصبغ بن الفرج المالكي:

"إن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة, وان الاستحسان عماد العلم"[5].

---

([1]) مصادر التشريع فيما لا نص فيه, مصدر سابق:77, و المصادر التالية.

([2]) بداية المجتهد: 2|201.

([3]) المبسوط : 10|145.

([4]) الموافقات : 4|206=211د, و الاعتصام : 2|139.

([5]) الموافقات : 4|210, و الاعتصام : 2|138.

**الدليل الخامس ومناقشته**

قالوا: إن استقراء النصوص التشريعية أثبت أن الشارع الحكيم عدل في بعض الوقائع عن موجب القياس أو من تعميم الحكم إلى حكم آخر جلباً للمصلحة أو درءاً للمفسد[1].

ولقد عقب الشاطبي على كلامه السالف الذكر بالقول:

إن لذلك في الشرع أمثلة كثيرة كالقرض مثلا فإنه ربا في الأصل لأنه: الدرهم إلى أجل , ولكنه أبيح لما فيه من المرفقة و التوسعة على المحتاجين بحيث لو بقي على أصل المنع لكان في ذلك ضيق على المكلفين.

قال: ومثله: بيع العرية بخرصها تمراً , فإنه بيع الرطب باليابس, لكنه أبيح لما فيه من الرفق ورفع الحرج بالنسبة إلى المعرى والمعرى, ولو امتنع مطلقا لكان وسيلة لمنع الاعرار كما أن ربا النسيئة لو امتنع في القرض لامتنع أصل الرفق من هذا الوجه".

كما مثل لذلك بالجمع بين المغرب والعشاء للمطر, و جمع المسافر , وقصر الصلاة , والفطر في السفر الطويل , وصلاة الخوف وسائر الترخصات التي على هذا السبيل.

ثم قال: "فإن حقيقة كل ذلك راجعة إلى اعتبار المآل في تحصيل المصالح ودرء المفاسد على الخصوص , حيث كان الدليل العام يقتضي منع ذلك, فلو بقينا مع أصل الدليل العام لأدى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة, فكان من الواجب مراعاة ذلك المآل إلى أقصاه".

---

([1]) مصادر التشريع فيما لا نص فيه : 78.

ثم أورد أمثلة أخرى , منها: الإطلاع على العورات في التداوي, والقراض والمساقاة , ثم قال:

"هذا نمط من الأدلة الدالة على صحة القول بالاستحسان"[1].

هذا كله فضلاً على النصوص الصريحة و القاطعة الدالة على نفي الحرج ومن ذلك:

قوله تعالى:

"يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر"[2].

وقوله تعالى:

"ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج و لكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم لعلكم تشكرون"[3].

وقوله تعالى:

"وما جعل عليكم في الدين من حرج"[4].

وبالنظر لهذه النصوص وغيرها قال السرخسي:

"إن الاستحسان هو لرفع الحرج و الحرج مدفوع بالنص"[5].

وقال في المبسوط :

إن ترك العسر لليسر أصل في الدين[6].

---

([1]) الموافقات: 206/4-207 وأيضاً لقريب من ذلك المبسوط : 10|145

([2]) سورة البقرة : 185, ينظر : المبسوط: الإشارة نفسها.

([3]) سورة المائدة: 6.

([4]) سورة الحج: 78.

([5]) أصوله : 203/2.

([6]) نفس الإشارة.

**الدليل السادس ومناقشته**

قالوا: إن السلف من الصحابة والتابعين شاهدوا الناس يدخلون الحمامات من غير تقدير للماء المصبوب , ولا لمدة المقام فيها, كما شاهدوا الناس يشربون الماء من أيدي السقائين دون تقدير عوض, ولم يظهر من احدهم نكير على فاعله مع أن القياس يقضي بعدم جواز ذلك, للجهالة الموجودة في كمية الماء المستعمل و المشروب وفي مدة المقام, فكان ذلك إجازة منهم له وإقراراً لهم عليه , ومن ثم كان إجماعاً , وهذا استحسان واقع فدل على الجواز [1].

وقد رد بعض الأصوليين الاستدلال بالمسألتين المذكورتين على أساس أن القائلين بالاستحسان رأوا أن الأمة استحسنت دخول الحمام من غير تقدير أجرة ولا تقدير مدة اللبث ولا تقدير الماء المستعمل , لأنهم اعتبروا المشاحة في مثله قبيحة في العادة فاستحسن الناس تركه , لذا قالوا:

إن الإجماع قد حصل على جواز دخول الحمام وشرب الماء من أيدي السقائين مع وجود الجهالة المذكورة لعموم مشقة التقدير, لا لاستحسانهم ذلك عقلا واستقباحهم للمشاحة في مثله[2].

---

([1]) أصول الجصاص ورقة 299, و الاعتصام: 2|137, وشرح مختصر الروضة : 195/3.

([2]) الاعتصام , وشرح مختصر الروضة : الإشارة السابقة .

والواقـع أن المسـتدلين لـم يريـدوا بالاسـتدلال المـذكور أن السـلف استحسنوا ذلك بعقولهم وأنهم استقبحوا المشاحة في مثله , بل أرادوا بـه ما هو مذكور من عموم مشقة التقدير.

وقال بعض المنكرين كالآمدى:

"لا نعلم أن استحسانهم لذلك هو الدليل على صحته, بل الدليل ما دل علـى استحسانهم لـه, وهو جريان ذلك فـي زمن النبـي صلـى الله عليـه وسلم مع علمه به و تقديره لهم عليه أو غير ذلك"[1].

ويجاب:

بأن الاستدلال حينئذ بما تقدم يكون أقوى , لأن السنة حينئذ تكون قد اثبت حكماً علـى خلاف ما تقتضيه أصول أُخر , رعايـة لما تعارف عليـه النـاس دفعاً للحرج عنهم , وأعنـي بالأصـول الأُخر: الأصـول التـي استنبط منها كون وصف الجهالة علة لفساد العقد, كالنصوص الناهية عن بيع الغرر , وبيع ما ليس بموجود وما أشبه ذلك.

**<u>تعقيب :</u>**

الاعتراضـات الواردة علـى الأدلـة الثلاثـة الأولـى, وكذا علـى الدليل الأخيـر واضـحة فـي أن المعترضـين فهمـوا مـن تلـك الأدلـة أن المسـتدلين أوردوها للاستدلال على جواز الإحتكام إلـى العقل وحده في بنـاء الأحكام, بـل وشـارك بعض المثبتين كالشـاطبي المعترضـين فيمـا فهمـوه مـن وجـوه الاستدلال بالأدلـة المذكورة , ولـذلك وصـف المستدلين بـأنهم أهل البـدع , وأهل الأهواء.

---

(1) الأحكام : 394/2.

والواقع أنه إذا كان الدليل الثالث واضحا في جواز الاعتداد بالعقل – وعلى التفصيل الذي أذكره – فإن حمل الدليلين الأول والثاني على ذلك لا يظهر له وجه , وأرى أن فهم المنكرين لمراد المثبتين من أدلتهم فهما غير دقيق هو الذي دفعهم إلى حمل ما قاله المثبتون وحتى أدلتهم على أنهم يتبعون ما تستحسنه عقولهم من غير دليل , وبوجه خاص تلك المواضع التي تضمن كلام المثبتين منها تصريحاً أو إشارة لوجود موقع للعقل في الاستحسان .

وبعد هذا أقول :

إن كلام بعض الحنفية كالجصاص وعبد العزيز البخارى[1] واضح في أن الأدلة المذكورة إنما أوردت للاستدلال على جواز إطلاق لفظ الاستحسان , لا على حجيته:

فقد بدأ الجصاص كلامه عن الاستحسان بذكر " تقدمة بالقول في جواز إطلاق لفظ الاستحسان" فقال ما نصه:

"لما كان الله تعالى حسنه بإقامة الدلائل على حسنه جاز لنا إطلاق لفظ الاستحسان فيما قامت الدلالة بصحته, وقد ندب الله تعالى إلى فعاله وأوجب الهداية لفاعله, فقال عز من قائل :

"فبشر عبادي الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه , أولئك الذين هداهم الله وأولئك هم أولوا الألباب".

---

([1]) كشف الأسرار : 13/4.

وروي عن أبن مسعود , وقد روى مرفوعاً[1], إلى النبي صلى الله عليه وسلم , أنه قال: "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن, وما رآه المسلمون سيئاً فهو عند الله سيء".

ثم قال: "فإذا كنا قد وجدنا هذا اللفظ أصلاً في الكتاب و السنة لم يمنع إطلاقه على بعضه ما قامت عليه (الدلالة)[2] بصحته على جهة تعريف وإفهام ما هو المراد".

ولم يكتف الجصاص بذلك بل زاد قائلاً:

"إن الفقهاء قد نطقوا بلفظ الاستحسان في كثير من الأشياء وروي عن أياس بن معاوية انه قال:

قيسوا القضاء ما صلح الناس فإذا فسدوا وفاستحسنوا فإنه قال : ما وجدت القضاء إلاّ ما يستحسن الناس , ثم أن لفظ الاستحسان موجود في كتب مالك بن انس, وفي كلام الشافعي, ثم ختم (تقدمته) بالقول: فسقط بما قلنا المنازعة في إطلاق الاسم ومنعه وان نازعونا في المعنى"[3].

فكلام الجصاص هنا صريح بان متعلق النظر في الأدلة المذكورة هو لفظ (الحسن). الذي اشتق منه الاستحسان.

---

([1]) سبق بيان أنه موقوف على عبد الله بن مسعود و ليس مرفوعاً.

([2]) يريد الجصاص بالدلالة هنا: الدلالة العقلية , فقد ذكرها في عدة مواضع والظاهر أنه أراد بها ذلك.

([3]) أصوله: 294.

فإن قيل : وهل هنالك من أنكر إطلاق لفظ الاستحسان حتى تكون هنالك حاجة لإيراد الأدلة على جوازه؟

الجواب : نعم , فقد صرح بذلك أكثر من واحد من المنكرين ومن هؤلاء الغزالي , فبعد أن أورد بعض المسائل الإستحسانية للإمام أبي حنيفة , عقب عليها بالقول :

"وهذا مما لا ينكر وإنما يرجع الاستنكار إلى اللفظ , وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسميته : استحساناً من بين سائر الأدلة[1].

وقال في موضع آخر : لا ينبغي أن يسمى بعض الأدلة استحساناً[2].

وأما بخصوص السبب في عدم ارتياحهم لذلك اللفظ , فقد صرح الزركشي بأن ذلك يوهم انه دليل غير القياس[3].

أقول وفي ذلك : إشارة واضحة إلى أنهم رأوا أن ظاهر لفظ الاستحسان يعني الاستحسان بالعقل المجرد عن الدليل . وبعد هذا أقول: هل أن ما قاله الجصاص يعني عدم وجود علاقة بين الأدلة المذكورة و بين الاستحسان الذي عنوه وطبقوه؟

الجواب على ما يبدو لي هو بالنفي , بل أرى أن متعلق قصد من أورد تلك الأدلة هو الاستدلال على حجية ذلك الاستحسان الذي قال به المثبتون وطبقوه , وهذا لا يمنع من أن يكون الاستدلال على جواز إطلاق

---

([1]) المستصفي : 1|283.

([2]) المصدر نفسه: 1|282.

([3]) البحر المحيط: 6|93.

ذلك اللفظ مراد أيضاً , ومن هنا أرى من الضروري بيان وجه الاستدلال من تلك الأدلة.

أقول ابتداءً :

إن الآيتين الكريمتين وكذا الأثر الوارد عن الصحابي الجليل عبدالله بن مسعود تعدّ بمجموعها بياناً وتفصيلاً وتأييداً – في الوقت نفسه للاستحسان , وإيرادي لها كأدلة ثلاثة كان من اجل التوضيح وإبانة المراد لأنها أدلة منفصلة حقيقة عن بعضها البعض .

يمكن إظهار وجه الاستدلال على النحو الآتي :

أن في موضع الاستحسان يتنازع أصلان[1]– معدول عنه ومعدول إليه – كل منهما حسن , لكن يتم العمل بأحدهما لأنه أحسن.

وهذا مفهوم من الآيتين الكريمتين:

ولا يخفي دور العقل في إدراك المعنى الذي تعلق به القصد (الجنس)[2] في كل من موضع الاستحسان – الفرع – والدليل الشاهد – المقيس عليه – ومعلوم أن دور العقل في الكشف والبيان إنما هو في الاستحسان غير المستند إلى النص و الإجماع.

وما يتعلق بالعقل مما ذكرته مفهوم من الأثر إذا جمعنا بينه وبين الآيتين الكريمتين.

---

([1]) تعريف الجصاص من الحنفية واللخمي من المالكية للاستحسان.

([2]) وهو المعنى الخفي الذي يترتب على العمل بمقتضاه مصلحة وهو القياس الخفي باعتبار أنه مدار ذلك القياس .

وهناك أمر آخر يؤخذ من النصين المتقدمين هو : وصف الدليل – المعدول إليه – بالأحسن , ففي الاستدلال بهما إشارة واضحة إلى أن الحسن الذي قصدوه ليس الحسن المدرك بالعقل وحده وإنما هو الحسن الشرعي والعقلي معاً . فإن قيل : وما دخل الحسن العقلي بالنصين المذكورين .

الجواب :

إن اختيار إتباع الأحسن هو فعل العباد , وفي ذلك دليل على أن إدراك الأحسن هو بعقولهم . هذا وإن ما تقدم من الكلام في التأثير الذي هو المدار في الاستحسان يغني عن التفصيل:

بعد هذا أذكر مثالاً أوضح من خلاله أبرز ما تقدم .

إن الله سبحانه وتعالى أمر بقطع يد السارق , وما من شك في حسن هذا الدليل لأنه نص , وعلاوةً على ذلك فإن العقل يدرك المصلحة المقصودة من شرع قطع اليد وهي, حماية أموال الناس .

وفي الوقت نفسه عرف من أدلة عدة أن حفظ النفس من أهم مقاصد الشريعة , فمن أجله أبيح عند الضرورة النطق بكلمة الكفر, وأكل لحم الخنزير و الدم وغيرها من المحرمات.

وما من شك في حسن تلك النصوص المتعلقة بحفظ النفس, لكونها نصوصاً أولاً , وثانياً لأن العقل يدرك أن في تلك النصوص الواردة في الضرورة حفظاً للنفس والعقل يستحسن حفظ النفس .

وبعد هذا أقول :

وهنا لما درء عمر بن الخطاب رضي الله عنه الحد عن السارق عام المجاعة تبين أنه رأى أن السارق ذاك قد سرق بدافع الجوع فالحالة تندرج ضمن النصوص المتعلقة بسقوط المؤاخذة في الضرورة حفظاً للنفس, لان الجوع طريق للهلاك , ومن هنا رجح العمل بتلك النصوص على العمل بظاهر النص الوارد في قطع يد السارق , أو يقال : أن الآيات الواردة بسقوط المؤاخذة في الضرورة حفظاً للنفس دلت على أن المقصود بالسرقة الموجبة للحد هي: السرقة بدون ما ضرورة , ولا فرق بين هذا و بين ما سبقه من حيث انه ترجيح لدليل على دليل من حيث النتيجة.

فالدليل المعدول عنه حسن لما تقدم و يعمل عمله في غير الموضع المشار إليه . لكن العمل بالدليل أو الأدلة المعدول إليها[1] أحسن في موضع الاستحسان, ودور العقل في الكشف والبيان مما لا يخفي هنا.

وفي الختام أقول:

أنه كان جديراً بالقائلين بالاستحسان أن يكونوا أكثر جرأة في التصريح بدور العقل في الاستحسان مادام الاحتكام هو لأدلة الشرع , وأنه لاحظ للعقل غير الكشف والبيان .

---

([1]) فالترجيح هو بقوة الأثر , وقد سبق أن كثرة الأصول هي من لوازم قوة الأثر, وقد ثبت أن المراد بقوة الأثر المصلحة التي ظهر الاعتبار الشرعي لجنسها, ومن المقارنة بين هذا و بين ما تقدم: يتضح أن الأصول الشاهدة لمطلق المصلحة كثيرة في كل موضع استحسان مادام التأثير هو المدار . ومن هنا فإن الحنيفة لما عبروا عن القياس المعدول إليه بالقياس الأقوى أرادوا بذلك قوة الدليل وقوة المصلحة معاً.

يقول الطوفي عند مناقشة لتعريف بعض الأصوليين للاستحسان من أنه عبارة : عما يستحسنه المجتهد بعقله .

"... فإن أريد مع دليل شرعي فهو متفق عليه إذ الدليل الشرعي متبع وانضمام العقل إليه لا يضر , بل هو مؤكد , وإن أريد ما استحسنه المجتهد بعقله المجرد بدون دليل شرعي فهو ممنوع"[1].

والواقع أن الاستحسان قائم على أساس النظر و التأمل في الأوصاف المناسبة في المقيس والمقيس عليه, والوصف المناسب كما يعرفه أبو زيد الدبوسي هو: عبارة عما لو عرض على العقول تلقته بالقبول"[2].

وفسره التفتازاني: بأنه : إذا عرض على العقل أن هذا الحكم إنما شرع لأجل هذه المصلحة يكون ذلك الحكم موصلا إلى تلك المصلحة عقلا و تكون تلك المصلحة أمراً مقصوداً عقلاً[3].

وعرف صدر الشريعة الوصف المناسب بأنه : ما يجلب نفعاً أو يدفع ضرراً , ثم فسر النفع باللذة و الضرر بالألم[4].

وعرفه الطوفي بأنه عبارة : عما تتوقع المصلحة عقيبه لربط ما عقلي . فبهذا العبارات صريحة في دور العقل في القياس و ليس

---

(1) شرح مختصر الروضة : 3|193.
(2) التلويح: 2|63, و التقرير و التحبير : 3|160.
(3) التلويح: الإشارة نفسها.
(4) التوضيح : 2|63.

الاستحسان إلاّ قياساًَ حيث أنه قائم على أساس النظر والتأمل في أجناس الأوصاف المنصوصة القريبة منها أو البعيدة[1].

ولا تخفي الصلة بين الأثر الوارد عن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه وبين ما قاله أبو زيد الدبوسي في تعريف الوصف المناسب.

## المطلب الثاني

## "أدلة المنكرين لحجية الاستحسان ومناقشتها"

قبل إيراد أدلة المنكرين ومناقشتها لابد من القول: بأن التفصيل الذي ذكره القائلون بالاستحسان بشأن بيان حقيقة وكيفية إجرائه هو بحد ذاته الجواب الحاسم على أدلة المنكرين , لأني أرى أن التفصيل المشار إليه قد جاء ردا على الطعونات والانتقادات التي وجهت إليهم والى استحسانهم من قبل المنكرين وقد استطاعوا إلى حد ما بيان حقيقة الاستحسان الذي عنوه وطبقوه , بدليل أن الخلاف قد وصل في نهاية الأمر ما يشبه الوفاق , ومن هنا فإني أحاول بالدرجة الأساس في أثناء مناقشة الأدلة إظهار بعض الجوانب المتعلقة بالاستحسان و التي لم ترد في الباب الأول لتكتمل السلسلة , وهنا أذكر أهم أدلة المنكرين وهي سبعة :

---

(1) فواتح الرحموت والمسلم : 2|270, ومرآة الأصول : 241, والتبصرة للخمي المالكي, نقلاً عن تعليل الأحكام : 365.

**الدليل الأول ومناقشته**

قالوا: الاستحسان لا تتحقق له حقيقة من الحقائق الشرعية, فهو قول بالتشهي و بما يهجس في النفوس من غير أن يكون له سند من ضرورة العقل ونظره , أو سمع متواتر أو نقل آحاد , وادعاء شيء من ذلك لا وجه له ومهما انتفي الدليل وجب النفي[1].

وتجب الإشارة هنا إلى أن بعض الأصوليين كالغزالي استند فيما قاله هنا إلى التعريف المنسوب للقائلين بالاستحسان , من أنه دليل ينقدح في نفس المجتهد تعسر عنه عبارته , لذا فإني أناقش هنا ما سبق من كلامهم وكذا ما قالوه بشأن التعريف المشار إليه فأقول:

إن التفصيل الذي ذكره المثبتون في بيان حقيقة الاستحسان وكيفية إجرائه ومستنده لهو الرد الحقيقي على أدلة المنكرين بوجه عام وعلى هذا الدليل بوجه خاص , ومع ذلك فإن القائلين بالاستحسان أجابوا على هذا الطعن.

فقد قال الجصاص:

"جميع ما يقول فيه أصحابنا بالاستحسان فإنهم إنما قالوه مقروناً (بدلالة وحجة)[2] لا على جهة الشهوة وإتباع الهوى , ووجوه دلائل الاستحسان موجودة في الكتب التي علمناها في شرح كتب أصحابنا"[3].

---

(1) المستصفي : 1|281, و المنخول : 375, و التبصرة : 494, و اللمع: 121, وروضة الناظر: 1|409, و الاعتصام: 2|160, وشرح تنقيح الفصول :452, و بداية المجتهد : 2|474=475, وكشف الاسرار : 4|3.

(2) وفي هذين اللفظين إشارة واضحة إلى "المعنى المصلحي المستبط بالعقل وشاهده من الشرع .

(3) أصوله :ورقة : 294.

وقال عبد العزيز البخاري:

"الاستحسان الذي قال به أصحابنا, أحد القياسين وليس قسما آخر اخترعوه بالتشهي من غير دليل , ولا شك أن القياسين إذا تعارضا في حادثة وجب ترجيح أحد القياسين"[1].

هذا من حيث عموم الدليل , وأما بشأن ما قالوه بخصوص الاستحسان المفهوم من التعريف المشار إليه ففيه التفصيل الآتي:

قال الغزالي[2]:

"إن هذا هوس فإن ما لا يعبر عنه لا يدرى أهو وهم أم تحقيق , فلابد من إظهاره , ليعتبر بأدلة الشريعة فتصححه أو تزيفه".

ويجاب على هذا:

بأن الاستحسان ليس كذلك فهو مبني على النظر والاستدلال بالأصول , فهو قياس , غير أن المقيس عليه متضمن لجنس المصلحة التي من أجلها تم العدول , وهذا الجنس قد يكون قريباً وحينئذٍ يحتاج فهمه إلى تأمل قوى[3], وفي كل الأحوال فإن من الممكن تفصيل دليل الاستحسان ووجهه للمخاطب .

---

(1) كشف الأسرار: 4|4.

(2) المستصفي: 1|277, وأيضاً لمثل ذلك: روضة الناظر: 1|411, وشرح الكواكب المنير: 388 وشرح مختصر الروضة: 3|192, وفيه بين الطوفي معنى الهوس فقال: قال الجوهري: الهوس بالتحريك طرف من الجنون, قلت =والكلام للطوفي= وهو في عرف الناس الكلام الخالي عن الفائدة.

(3) فواتح الرحموت وشرحها : 2|267.

وتجدر الإشارة إلى أن المالكية وإن صرحوا بأن استحسانهم تقديم للاستدلال المرسل –المصلحة المرسلة– على القياس , إلاّ أنهم لا يريدون بالإرسال نفي الدليل البتة , بل صرح الشاطبي منهم على أن المصلحة المرسلة التي يقولون بها مصلحة ظهر الاعتبار الشرعي لجنسها , ومن هنا صرح بعضهم بأن الاستحسان عندهم ترك لقياس قوى الشبه إلى قياس بعيد الشبه – متضمن للجنس – لمقتض[1].

وواضح من هذا أن الأصل موجود , غير أنه بعيد في ذهن المجتهد – عن موضع الاستحسان , للتفاوت الكبير بين الوصف– في الأصل وبين الوصف في الفرع الذي هو موضع الاستحسان[2]. وعليه فإن من الممكن تفصيل المناسبة للمخاطب , وبذلك فإن الدليل ليس مما تعسر عنه العبارة .

يقول القاضي أبو يعلي من الحنابلة – وهو يبين أن الاستحسان ليس قولا بالتشتهي–:

"فإن قيل , ما الفرق بين المستحسن و بين المشتهي؟ وهلا أجزتم إطلاق المشتهى على ما سميتموه مستحسنا؟

قيل: الفرق بينما: إن الشهوة لا تتعلق بالنظر والاستدلال[3], ألاّ ترى أنها لا تختص من كمل عقله وعرف الأصول و طرق الاجتهاد في

---

([1]) تعليل الأحكام: مصدر سابق: 365.

([2]) ينظر لما في المعنى المتقدم: ميزان الأصول: 2|848.

([3]) وهذا عين ما أراد –الجصاص بقوله (دلالة وحجة) وقد سبق أن القاضي أبى يعلي وصف الاستحسان بالقياس الخفي: بالإستدلال بترجيح شبه بعض الأصول على بعض.

أحكام الشريعة دون من أمست هذه صفته , وأما الاستحسان فإنه يختص النظر والاستدلال"[1].

وتجب الإشارة إلى أن بعض الحنفية صرحوا بأن الاعتماد على شهادة القلب دون الاستدلال بالأصول , في إثبات الأحكام: أخالة , وسموا الوصف المجهول علة بهذا الطريق : وصفاً مخيلاً , أي الوصف الموقع في القلب كونه معتبراً شرعاً. ومن ثم رفضوه.

فقد صرح كل من أبي زيد الدبوسي والسرخسي والنسفي: أن المراد بالمخيل هو : الموقع في القلب خيال الصحة والقبول ، وقالوا:
الإخالة : مجرد ظن و الظن لا يغني من الحق شيئاً , وغايته أن يجعل بمنزلة الإلهام , وهو لا يصلح حجة على الغير[2].

وتجدر الإشارة أيضاً إلى أن صدر الشريعة صرح بأن الإخالة هي المصلحة المرسلة وان الغزالي يقول بها[3].

---

(1) الفكر الأصولي (دراسة تحليلية نقدية) للدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان 246 نقلا عن (العدة) للقاضي لبو يعلي (مخطوط).

(2) أصول السرخسي 2|177, 185, وكشف الأسرار للنسفي :2|255-256 و التلويح: 2|71, وشفاء الغليل: 142-143, وتجدر الإشارة إلى أن الحنفية نسبوا القول بالاخالة وبالمعنى المتقدم إلى طائفة من علماء الشافعية منهم الغزالي على ما سيأتي, غير ان الغزالي نص على أنهم يريدون بالاخالة, معنى معقولا ظاهرا في العقل يتيسر إثباته على الخصم بطريق النظر العقلي بحيث ينسب الخصم في جحده بعد الإظهار بطريقه إلى النكر والعناد, انظر: المصادر نفسها.

(3) التوضيح: 2|71 وفيه, الوصف المخيل هو الوصف الذي يقع في الخاطر كونه علة لذلك الحكم وهذا يسمى بالمصالح المرسلة, أي : الأوصاف التي تعرف عليتها بمجرد كونه مخيلاً وتقبل عند الغزالي "والواقع أن الغزالي يقصد بالمصلحة المرسلة مصلحة غريبة غير ملائمة, ومن هنا يتبين أن المصلحة المرسلة في نظر الحنفية عبارة عن مصلحة لم يظهر في الأصول اعتبارها حتى لجنسها البعيد , فهي بذلك مصلحة غير ملائمة. ومن هنا وصفها بعض الحنيفة بـ (هوسات العقل), ووصف الغزالي للاستحسان المفهوم من التعريف المذكور بـ (الهوس) يشعر بالاتفاق المشار إليه , أنظر : مسلم الثبوت: 2|302 و انظر المطلب الخامس بيان مراد الإمام الشافعي بالاستحسان الذي رفضه.

واوضح مما تقدم أن الحنفية يشترطون ظهور الدليل , على أن من الواجب التنبيه على أن ظهور الدليل هنا ليس المراد به الظهور اللفظي بل المراد: أن تكون المصلحة على درجة من الوضوح بحيث يمكن معرفة موقف الشرع بخصوصها, وذلك بالتأمل في معاني النصوص , وهذا ما يراد بالاستدلال الذي هو القياس الخفي وتعريف القياس الخفي قد تقدم.

ومع كل ما تقدم فإن بعض الأصوليين من المالكية والحنابلة تولوا رد ما قاله الغزالي بشأن الاستحسان المفهوم من التعريف الذي نحن بصدده:

فقال القرطبي على ما نقله عن الزركشي:

"إن ما يحصل في النفس من مجموع قرائن الأحوال من علم أو ظن لا يتأتي عن دليله عبارة مطابقة له, ثم لا يلزم من الاختلال بالعبارة: الإخلال بالمعبر عنه , فإن تصحيح المعاني بالعلم اليقيني لا بالنطق اللفظي".

وأجاب الزركشي بالتفرقة بين المجتهد و المناظر و قال:

"إن المجتهد إذا غلب على ظنه تمسك به , ولكن المناظر لا يسمع منه, بل لابد على المجتهد من بيانه ليظهر خطؤه من صوابه"[1].

ولكن الطوفي لم ير في كون الاستحسان كذلك ضيرا فقال:

"من المعلوم بالوجدان أن النفوس يصير لها فيما تعاينه من العلوم والحرف ملكات قارة فيها تدرك بها الأحكام العارضة في تلك العلوم والحرف , ولو كلفت الإفصاح عن حقيقة تلك المعارف بالقول لتعذر

---

([1]) البحر المحيط: 6|93.

عليها, وقد أقرّ بذلك جماعة من العلماء منهم ابن الخشاب في جواب المسائل الإسكندرانيات , ويسمى ذلك أهل الصناعات وغيرهم: دربة, وأهل التصوف: ذوقا , وأهل الفلسفة ونحوهم ملكة فعلى هذا لا يبعد أن يحصل لبعض المجتهدين دربة و ملكة في استخراج الأحكام لكثرة نظره فيها حتى تلوح له الأحكام سابقة على أدلتها وبدونها أو تلوح له أحكام الأدلة في مرآة الذوق و الملكة على وجه تقصر عنها العبارة كما يلوح الوجه في المرآة , ولو سئل أكثر الناس عن كيفية ظهوره لما أدركه , بل قد عجز عن ذلك كثير من الخواص , فإذا اتفق ذلك للمجتهد حصل له به علم أو ظن جاز العمل به"[1].

وفي الختام أقول: أن أدلة الشرع قاطعة في اعتبار المصالح, فالضرر والحرج مدفوعان بالنص , ومن هنا متى وجدت مصلحة – ثبت كونها مصلحة وظهرت – فإن من الممكن إيراد عشرات الأدلة للمصلحة المستحسن بها, مادام المنظور إليه في الاستحسان هو: جنس المصالح المنصوصة أو المجمع عليها , وقد سبق أن المراد بجنس المصالح هو مطلق المصلحة.

فهذا الغزالي نفسه يقول عن تأثير الجنس في الجنس و الذي هو الحقيقة ما يراد بالاستدلال (القياس الخفي).

---

([1]) شرح مختصر الروضة: 3|192-193.

"إن الجنس الأعم للمعاني كونها مصلحة , والمناسب مصلحة, وقد ظهر أثر المصالح في الأحكام , إذ عهد من الشرع الإلتفات إلى المصالح, فلأجل هذا (الاستمداد العام) من ملاحظة الشرع جنس المصالح اقتضى ظهور المناسبة تحريك الظن –أي للاعتبار– ولأجل شمة من الالتفات إلى عادة الشرع أفاد الشبه الظن لأنه عبارة عن أنواع من الصفات , عهد من الشرع ضبط الأحكام بجنسها"[1].

ويقول في موضع آخر:

"إن قرائن الأحوال وتفاريق الإمارات بمثابة أصول شاهدة للعمل بالمصلحة"[2].

ويقول عزالدين بن عبد السلام:

"ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفإن بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها وإن هذه المفسدة لا يجوز قربانها وان لم يكن فيها إجماع ولا نص ولا قياس خاص فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك"[3].

وعليه فإن النقاش وارد في ظهور المصلحة أو المفسدة بنفسها, والناظر في المسائل الاستحسانية يجد أن المصالح وأدلتها مما يمكن

---

(1) المستصفي: 2|320.

(2) المنخول: 356.

(3) قواعد الأحكام: 2|181.

بيانها وتفاصيلها[1].

**الدليل الثاني ومناقشته**

قالوا: إن الصواب هو ما بني المذهب عليه من إتباع القياس على مقتضاه وما توجبه إحكام الشرع وأن لا يترك شيء من ذلك[2].

ويمكن أن يجاب:

بأنه عند النظر في إثبات حكم شرعي لواقعة من الوقائع لابد من النظر في جميع الأدلة التي لها صلة بتلك الواقعة ولا يجوز النظر إلى دليل معين بمفرده بمعزل عن الأدلة الأخرى , ولو جاز ذلك لكان من الممكن لأهل اللغة العربية إثبات الأحكام الشرعية , ولما كان حينئذ لاختصاص المجتهد بذلك فائدة[3].

يقول الشاطبي:

"إن الاستحسان عند مالك وأبي حنيفة ليس بخارج عن مقتضى الأدلة البتة , لأن الأدلة يقيد بعضها ويخصص بعضها بعضا"[4].

ويقول القرافي:

الاستحسان هو عمل بمقتضى الأدلة , غير أنه راجح على ما يقابله, فيعمل به كسائر الأدلة[5].

ويقول ابن رشد:

---

(1) كلام الجصاص الذي تقدم ذكر مضمن هذا الدليل

(2) الحدود في أصول الفقه : 67.

(3) لما في هذا المعنى : أصول السرخسي : 2|179, 224.

(4) الاعتصام : 2|139.

(5) شرح تنقيح الفصول: 452.

إن الاستحسان عند مالك جمع بين الأدلة المتعارضة[1].

وهو يريد بذلك ما تقدم بيانه من كلام السرخسي حين قال:

"إنما سميناهما تعارض الدليلين باعتبار أصل الوضع في كل واحد من النوعين , لا أن بينهما معارضة في موضع واحد"[2].

أعود هنا وأقول:

صرح الحنيفة بان مدار الاستحسان هو قوة الأثر (التأثير), ومن لوازمها على ما بينوا: كثرة الأصول , أي : إن المصلحة التي بها يرجح الاستحسان على القياس قد شهدت لاعتبارها عدة أصول , والترجيح بكثرة الأصول مرجح صحيح عند الجميع[3].

فإن قبل: هذا فيما إذا كانت الأصول –المرجحة– متضمنة لنوع المصلحة أو جنسها القريب والقائلون بالاستحسان لا يقفون عند الجنس القريب بل يعتمدون على مطلق المناسبة المصلحية الذي هو الجنس البعيد.

يجاب : بأن القرب و البعد إنما يتصور بالنظر إلى الألفاظ و المباني, لا في المعاني, فالقرب والبعد إذا هو بالنظر إلى ذهن المجتهد لا في الاعتبار الشرعي حقيقة. و المنظور إليه في الاستحسان هو العمل بمقتضى مقاصد الشارع , ومقاصد الشارع لا تعرف فقط من النظر إلى

---

(1) بداية المجتهد: 2|301.

(2) انظر: أصوله : 2|202, يراجع لتفصيل ذلك ما تقدم من مثال درء الحد عن السارق عام المجاعة في المطلب السابق.

(3) أحكام الفصول :567.

ظاهر ما هو منصوص, بل تعرف من المعاني الكامنة فيها, وهل القياس غير ذلك؟ وانتم لا تختلفون معنا في القول بالقياس.

**الدليل الثالث ومناقشته**

قالوا: إن الاستحسان لا ضابط له ولا يقاس بها الحق من الباطل, فإن الأخذ به يؤدي إلى اختلاف الأحكام ولا يتفق استحسان العلماء كلهم على قول واحد, نظرا لاختلاف هممهم و طبائعهم و أغراضهم: فطائفة طبعها الشدة و طائفة طبعها اللين, ولا سبيل إلى الاتفاق على شيء واحد , فقد يستحسن الحنفية حكما ويستحسن المالكية غيره وهكذا[1].

**مناقشة الدليل:**

سبق بيان أن الاستحسان تعليل بالحكمة, وقد صرح الحنيفة بأنه لا يجوز التعليل بالحكمة إلا إذا كانت منضبطة, وواقع التطبيقات في جزئيات المسائل الاستحسانية يؤكد بأن غيرهم من القائلين بالاستحسان لا يخالفون الحنفية في ذلك, ولقد كان ذلك هو السبب في تعريف بعض الحنفية للعلة: بأنها المعرف , أو الإمارة أو العلامة[2], فقد نص غير واحد منهم على أنهم عرفوا العلة بالمعرف والإمارة لأنه يشترط فيها الظهور والانضباط[3], لا لأنهم يريدون بها الإمارة الطردية[4].

---

([1]) الأحكام للآمدى : 2|180, والأحكام لابن حزم: 6|193.

([2]) التقرير و التحبير: 3|124 وشرح المنار لابن ملك: 271 ولملاجيون: 2|248, وأصول السرخسي: 2|179, ومرآت الأصول: 241.

([3]) التقرير و التحبير: 3|141, ومرآة الأصول: الإشارة نفسها.

([4]) على ما هو ظاهر من كلام بعض الشافعية في العلة, انظر: مرآة الأصول : نفس الإشارة والمستصفي: 2|295 ، وفواتح الرحموت: 2|261.

وحيث ثبت ذلك فإن هذا يعنى أنهم يشترطون في المصلحة التي هي مدار الاستحسان أن تكون منضبطة , لأنها علة الحكم المستحسن.

ولقد سبق أن بينت أنهم يشترطون في العلة المستلزمة للحكم أمرين:

**أحدهما:** ما يضاف إليه الحكم , أي الموضوع لموجبه وقد سموه بـ (العلة لسما).

**الثاني** : وهذا التأثير , أي المعنى الذي تعلق به القصد والذي هو الحكمة, وسموه بالعلة معنى.

والواقع أن الأول هو الإمارة المعرفة الدالة على التأثير الذي هو العلة الحقيقية على ما صرحوا به.

وعلى هذا فإنه لابد لكل حكم مستحسن من وجود إمارة دالة على المصلحة التي من أجلها كان العدول في الاستحسان , والمتتبع للمسائل الاستحسانية يجد أنها في الأكثر الأغلب متضمنة لدفع مضرة ومشقة ، ومن هنا قال ابن أمير الحاج :

"المشقة والمضرة منضبطان عرفاً"[1].

وقريب من ذلك قول الشاطبي بشأن الاستحسان بالنزر اليسير:

"إن العاقل يفرق بين القليل والكثير"[2].

وتجدر الإشارة إلى أن العرف الذي عد نوعا مستقلا من أنواع الاستحسان عند المالكية إنما استند إليه جميع القائلين بالاستحسان –وكذا

---

(1) التقدير و التحبير : 3|263.

(2) الاعتصام : 2|160.

غيرهم– لكونه إمارة دالة على معنى مقصود , وعلى أن نزع الناس عنه يوقعهم في مضرة ومشقة[1].

وكذا في كل صور الاستحسان, عند الحنيفة والتي عدت أنواعاً للاستحسان عند المالكية .

وبهذا يتضح أن الاستحسان مستند إلى ضابط .

إن هذا الذي استدل به المنكورون كان واردا فيما لو كان الاختلاف محصوراً في الأحكام الثابتة استحساناً , وحيث إنه موجود في معظم المسائل الفقهية الاجتهادية فلا يبقى لهذا الدليل وجه : ذلك لأن الاستحسان اجتهاد[2], وهو بالتحديد ثمرة لعمليتين اجتهاديتين هما: تنقيح المناط وتحقيقه , أي: تحديد المعنى الذي تعلق به القصد في الأصل , والتأكد من وجوده في الفرع الذي هو موضع الاستحسان , وإذا كان كذلك فالاختلاف فيه يكون أمراً طبيعياً .

هذا وقد ذكر الجصاص والسرخسي وغيرهما : إن الاستحسان يرد بمعنيين:

**<u>المعنى الأول</u>:** هو استعمال الاجتهاد وغلبة الرأي في إثبات المقادير الموكولة إلى اجتهادنا وآرائنا , و مثلوا لذلك بتقدير متعة المطلقات, وأروش الجنايات, قالوا ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء.

---

(1) الأشباه لابن نجيم 94 وفيه : وفي النزع عن العادة الظاهرة حرج.

(2) ذكره الشاطبي من المالكية, و القاضي أبي يعلي من الحنابلة ضمن مباحث الاجتهاد, وهذا واضح عند الحنيفة أيضاً لأنهم صرحوا بأنه قياس , والقياس اجتهاد. انظر: المقدمات: 1|25 , و المصدرين التاليين للحنفية.

**المعنـى الثـاني:** هـو تـرك القيـاس إلـى مـا هـو أولـى منـه , قـالوا وفيـه الخـلاف[1], وهم أرادوا بـذلك بيـان أن النـوع الثـاني اجتهـاد أيضاً , غير أنه يختلف عن الاستحسان بالمعنى الأول في كونـه تركـاً لقيـاس , وسـأبين لاحقـاً أن تـرك القيـاس لـيس محصـوراً علـى القـائلين بالاستحسـان , بـل أجـازه المنكـرون أيضاً وطبقوه .

والحق الذي يجب أن يقال هو أن الاستحسان بحث وتحر عن مقاصد الشرع الحنيف في الأدلـة و تحديد لمغالاة القياس , فالغاية منـه: تحقيـق المصـالح بإدامتهـا, وتحقيـق المصـالح ودرء المفاسـد مـن أجلـى مقاصد الشريعة السمحة , بل هو مقصد المقاصد , لـذا فإنـه لا يجـوز التهاون بشأنه , فعدم بلوغ المصلحة درجة القطع ليس مبرراً لتعطيلها, فهذا الفقيه الجليل العز بن عبد السلام يقول:

لا يمكن ضبط المصالح والمفاسد إلاّ بالتقريب[2].

ويقول أيضاً :

"ما لا يحد ضابطه لا يجوز تعطيله بل يجب تقريبه"[3].

وإذا ثبت أن الاستحسان اجتهاد يبتغي منه تحقيق المصالح بدفع المشقة ودرء الضرر فإني أورد فيما يأتي ما قاله القرافي بشأن موقف العلماء من المشقة , وغرضي من ذلك بيان أمرين:

**أولهما:** أن القائلين بالاستحسان لا يرون ترك القياس بكل مشقة.

---

([1]) أصول الجصاص : مخطوط: لوحة : 295 , وأصول السرخسي: 2|200.

([2]) قواعد الأحكام في مصالح الأنام : 1|24.

([3]) المصدر نفسه: 2|215.

**ثانيهما**: أن الاختلاف قد وقع بين العلماء بناء على التقدير الذاتي لكل منهم في تحديد درجة المشقة والذي إليه يرجع بعض السبب في الاختلاف في المسائل الاستحسانية سواء بين المثبتين أنفسهم , أو بينهم وبين النافين لحجية الاستحسان.

فقد عقد القرافي فصلاً للمستثنيات من أجناسها في كتابه (الذخيرة) وقسم فيه المشقة إلى ثلاثة أقسام هي:

**القسم الأول**: مشقة في المرتبة العليا, قال: وهذه معفي عنها بالإجماع, ومثل لها بالطهارة من الحدث حال إفضائها إلى فوات نفس أو عضو .

**القسم الثاني**: مشقة في المرتبة الدنيا, قال وهذه غير معتبرة بالإجماع, ومثل لذلك بالطهارة من الحدث حال برودة الشتاء.

ويعني بذلك البرودة التي لا تؤدي الطهارة بها إلى ضرر.

**القسم الثالث**: مشقة مترددة في إلحاقها بالأولى فيعفي عنها, وبالثانية فلا تؤثر , ثم قال وعلى هذا يتخرج الخلاف بين العلماء(1).

وما يجب قوله هنا أن : الحرج و المشقة المعتبران في الاستحسان ليسا من القسم الثاني . وأرى أن هذا كاف لبيان المراد.

**الدليل الرابع ومناقشته**

قالوا إذا كان الاستحسان عملاً بأقوى الدليلين على ما تقولون فيجب أن يكون مذهبكم كله استحسانا, لأنه في المسائل التي فيها الخلاف بين العلماء قد ذهبتم إلى أقوى الدليلين عندكم.

---

(1) أنظره: 1|189.

**مناقشة الدليل:**

أجاب القاضي أبو يعلى على هذا بالقول:

"الاستحسان أقوى الدليلين فيما حكمنا بصحة كل واحد من الدليلين المعدول عنه والمعدول إليه- , وأما في المسائل التي خالفنا غيرنا من الفقهاء فلا تحكم بصحة أدلة من خالفنا بل نعتقد فسادها, فلهذا لم نطلق اسم الاستحسان على جميع ذلك[1].

هذا وقد سبق أن القائلين بالاستحسان متفقون على أن العلة في غير موضع التخلف صحيحة[2]. أي أن وجود الدليل المعدول إليه لا يعني فساد الدليل المعدول عنه , بل هو صحيح ويعمل عمله في غير موضع الاستحسان , وإثبات حكم مخالف لذلك الدليل المعدول عنه في موضع الاستحسان إنما كان لطروء معنى به فارق موضع الاستحسان نظائره والذي به اندرج ضمن عموم دليل شرعي آخر وهو الدليل المعدول إليه , لا لأنه دليل غير صحيح . فطروء هذا المعنى سواء كان حرجا أو غيره يجعل موضع الاستحسان موضعاً من مواضع الدليل المعدول إليه , وان اندرج بحسب الظاهر -اللفظ و الصورة- ضمن مقتضى الدليل المعدول عنه[3].

---

([1]) المسودة: 454, و الفكر الأصولي, مصدر سابق, ص288 نقلا عن العدة.

([2]) كشف الأسرار على أصول البزدوي: 4|42, وأصول السرخسي: 2|215, وكشف الأسرار للنسفي: 2|314, و التقرير و التحبير: 3|162.

([3]) وهذا مراد بعضهم بقولهم : إن الاستحسان مفرقة والفرق هو : أن يتبين في الأصل – الدليل المعدول عنه – وصف له مدخل في العلية لا يوجد في الفرع – موضع الاستحسان-, انظر: التوضيح و التلويح: 2|88, وشرح تنقيح الفصول : 403.

**الدليل الخامس ومناقشته**

قالوا: لا يخلو القول بالاستحسان من أن يكون عن حجة أولاً, فإن كان عن غير حجة فهو مردود, وان كان عن حجة فلا فرق بينه و بين القياس , ولا وجه حينئذ لتسميته باسم آخر[1].

**مناقشة الدليل:**

أجاب المثبتون بأن الاستحسان هو أولى القياسين , إلاّ أنهم سموه استحساناً ليفصلوا بهذه التسمية بينه و بين ما لم يكن معدولاً إليه, لكونه أولى مما عدل إليه[2].

يقول الجصاص:

"الغرض من هذه التسمية هو تنبيه المتعلم على أن للحادثة شبها بأصل آخر قد كان يجوز إلحاقها به , إلاّ أن إلحاقها بالقياس المعلوم به أولى"[3].

قال أبو زيد الدبوسي والسرخسي وغيرهما:

الاستحسان هو الدليل الذي يكون معارضاً للقياس الظاهر الذي تسبق إليه الأوهام قبل إنعام التأمل فيه , وبعد إنعام التأمل في حكم الحادثة وأشباهها من الأصول يظهر أن الدليل الذي عارضه فوقه في القوة فإن العمل به هو الواجب , فسموا ذلك استحسانا للتمييز بين هذا النوع من الدليل وبين

---

([1]) الفكر الأصولي, مصدر سابق, ص 288, نقلا عن العدة للقاضي أبو يعلي مخطوط.
([2]) العدة : الإشارة نفسها.
([3]) أصوله: ورقة 293, أو أنظر للمالكية : تعريف اللخمي للاستحسان في فصل التعريفات.

الظاهر الذي تسبق إليه الأوهام قبل التأمل , على معنى: أنه يمال بالحكم عن ذلك الظاهر لكونه مستحسناً لقوة دليله.

ومن هنا قالوا إنه اصطلاح: وهو نظير عبارات أهل الصناعات في التمييز بين الطرق لمعرفة المراد , فإن أهل النحو يقولون هذا نصب على التمييز وهذا نصب على الظرف وهذا نصب على المصدر, للتمييز من المعاني الناصبة , وأهل العروض يقولون هذا من البحر الطويل وهذا من البحر المتقارب وهذا من البحر المديد, فكذلك استعمل علماؤنا عبارة القياس والاستحسان للتمييز بين الدليلين المتعارضين, وخصصوا أحدهما بالاستحسان لكون العمل به مستحسنا ولكونه مائلا عن سنن القياس الظاهر, فسموه بهذا الاسم لوجود معنى الاسم فيه بمنزلة الصلاة فإنها اسم للدعاء ثم أطلقت على العبادة المعهودة لما فيها من الدعاء عادةً , وعلى هذا فإن إطلاق عبارة الاستحسان اصطلاح ولا مشاحة في الاصطلاح[1].

واعترض على ذلك:

بأن اصطلاحكم على تسمية بعض الأدلة بالاستحسان دون بعضها الآخر يوهم أنه دليل غير القياس[2].

أجاب عبد العزيز البخارى:

---

([1]) تقويم أصول الفقه : ورقة 834 وما بعدها, وأصول الجصاص: الإشارة نفسها وما بعدها, وأصول السرخسي: 2|200-201, وكشف الأسرار على أصول البزدوي: 4|13-14".

([2]) البحر المحيط: 6|93.

إن وضع هذا الاسم لهذا النوع من الدليل هو للتمييز بين الدليلين باعتبار وجود الحسن في أحدهما دون الآخر, كما أن بعض العلماء وضعوا لكل نوع من الأقيسة اسما كقياس الدلالة وقياس العلة وقياس الشبه ونحوها باعتبار معنى ثم قال:

إن وجود معنى الاسم في غير ما وضعوه له باعتباره لا يمنع من صحة التسمية , فإن العرب سمت الزجاج قارورة لقرار المايع فيه مع أن هذا المعنى موجود في غيره من الأواني[1].

ثم استدلال الحنيفة على جواز إطلاق الاسم لوروده في الكتاب و السنة, وعلى لسان بعض الصحابة كابن مسعود (رضي الله عنهم), وعلى لسان الأئمة ومنهم: الإمام الشافعي[2].

ولا يخفي مما تقدم عدم كون الاستحسان دليلاً مستقلاً.

ويستنتج من مجموع ما ورد من كلام الأصوليين ضمن مناقشة هذا الدليل أمران:

**<u>الأول</u>**: أن الاستحسان ليس دليلاً مستقلاً , وهذا واضح من كلام المثبتين.

**<u>الثاني</u>**: أنه كان للفظة الاستحسان أثرها الواضح في إنكار الاستحسان, وذلك لدلالة تلك الكلمة على الاستحسان العقلي المجرد, وهذا ظاهر من كلام المنكرين حيث قالوا أنها توهم بكون الاستحسان غير القياس.

**<u>الدليل السادس ومناقشته</u>**

---

(1) كشف الأسرار: 4|4.

(2) أصول الجصاص , وكشف الأسرار : الإشارات نفسها.

قالوا: إنكم تتركون الدليل الشرعي بالعرف والعادة وهذا يحرم القول به, بل يجب إتباع الدليل . وترك العادة والرأي . ولا فرق في ذلك بين أن يكون الدليل نصاً أو إجماعاً أو قياساً[1].

**مناقشة الدليل:**

يمكن الجواب على هذا الدليل بما يأتي:

إن القائلين بالاستحسان لم يتركوا نصا ولا إجماعاً للمعروف والعادة.

يقول السرخسي:

"كل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر"[2].

وأما تركهم القياس للعرف فإنما كان لإحدى الأمور الآتية :

**أولاً:** إما لغلبة الظن بجريان ذلك العرف في زمن الرسول صلى الله عليه و سلم,فحينئذ يكون العرف سنة تقريرية , وذلك كمصير الحنيفة إلى أن المعاطاة صحيحة لأن الإعصار لا تنفك عنه بحسب ما قال الكرخي[3].

**ثانياً:** أما لكونه إمارة دالة على معنى يتعلق به القصد في الحكم, كدلالة العرف في الحنث في الإيمان , فالمنكرون لم يخالفوا المثبتين في ذلك, ولقد قالوا مثلهم: أن من حلف أن لا يدخل بيتا ثم دخل مسجداً

---

([1]) البحر المحيط: 6|90, وأصول مذهب الإمام أحمد : 511, نقلا عن كتاب (الواضح) لابن عقيل, مخطوط ورقة 143 وما بعدها , وإرشاد الفحول: 241.

([2]) المبسوط: 9|17, 12|196, 23|18.

([3]) المنخول: 376 نقله الغزالي عن الكرخي, وعلى هذا يكون إجماعاً وإن لم يكن سنة تقريرية, ينظر أيضاً أصول الجصاص: ورقة 296.

أنه لا يحنث , لأن المسجد لا يدخل في إطلاق اسم البيت عرفاً: ومعلوم أن المسجد سميّ بيتاً في كتاب الله[1].

والفارق : أن المثبتين سموا ذلك استحساناً, والمنكرين لم يسموه بهذا الاسم.

**ثالثاً:** وإما لأن عدم اعتباره في بعض المواضع يؤدي إلى إلحاق حرج بالجماعة و الحرج مدفوع بالنص. وهذا معنى قول السرخسي:

"الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي, لان في النزع عن العادة الظاهرة حرجاً بينا"[2].

يقول الشيخ محمد مصطفي المراغي:

"إنما يعمل بالمعروف امتثالاً للدليل العام القاطع الموجب لنفي الحرج"[3].

على أن الحرج ليس مقتصراً على التطبع والعامل النفسي , بل غالباً ما يكون في هذا الشيء المتعارف مصالح لهؤلاء الناس الذين تعارفوه , وفي تركهم لذلك فوت مصلحة مادية أيضاً وبالتالي يقع الناس في الضيق والحرج.

---

(1) الأم: 7|65, ومغني المحتاج: 4|334, وشرح فتح القدير: 4|29−33, و القوانين الفقهية: 168, و حاشية الدسوقي: 2|145, و المذهب : 2|133, و الاعتصام : 2|141, و القواعد لابن رجب: 296.

(2) المبسوط: 13|14, و الاشباه لابن نجيم: 94.

(3) الاجتهاد في الاسلام: 51.

وإذا كان العمل بالعرف من أجل دفع ضرر يلحق الجماعة على ما هو مبين فينبغي ألاّ يكون استحسان العرف محل خلاف , لأن الشافعية يقولون كغيرهم من القائلين بالاستحسان:

"أن المصلحة العامة كالضرورة الخاصة"[1].

ومعلوم أن الضرورة معتبرة بالنص قطعا.

وحاصل الكلام:

إن منشأ دلالة العرف ليس مجرد كونه أمراً متعارفاً بل ما أنبأ عنه من المصلحة[2].

وعليه فإن القول بوجوب إطراد الأقيسة والقواعد حال إفضائها إلى إلحاق حرج بالنظر إلى عرف الناس قول : بترجيح القياس على النص مادامت النصوص من الكتاب والسنة قاطعة في الدعوة إلى رفع الحرج , وعلى هذا ينبغي ألاّ يكون ترك القياس للعرف محل خلاف.

يقول الدكتور محمد مصطفي شلبي في التكييف الأصولي لتقديم العرف على القياس:

"إذا تعارض العرف مع القياس قدم عليه , لأن المصلحة الثابتة بالعرف محققة , ومصلحة القياس محتملة لكونه لا يفيد إلاّ الظن"[3].

ولابد هنا من القول بأن القرافي من المالكية نص في غير موضع على أنهم يخصصون النص بالعرف , حيث قال:

---

([1]) قواعد الأحكام : 2|181, وبدائع الصنائع: 5|2-3, 172, و 7|192.

([2]) أصول الفقه الإسلامي للدكتور محمد مصطفي شلبي : 1|343.

([3]) المصدر نفسه: 1|346.

"عندنا : العوائد مخصصة للعموم"[1].

وقال أبن العربي:

إن الإمام مالكاً يخصص النص بالعرف والمصلحة"[2].

غير أن الدكتور محمد سعيد رمضان البوطى رد ذلك , حيث أجرى دراسة مستفيضة في بعض المسائل التي ذكرت على أساس أن الإمام مالكا قد خصص النص فيها بالعرف و المصلحة , وتوصل إلى نتائج خلاصتها :

إن العرف في بعض تلك المسائل يقع موقع تبيين المجمل لا موقع تخصيص العام: كالعرف بخصوص آية الرضاع , حيث أن الآية تحتمل الوجوب –أي الرضاع على الأم– وغيره, وفي بعض المواضع يكون الأخذ به استنادا إلى عمل أهل المدينة, وعمل أهل المدينة عنده هو في قوة الحديث الذي يقارب المتواتر[3].

وإذا ثبت ذلك فإن ذلك يعني أن القائلين بالاستحسان لم يتركوا نصا للعرف , وأما تركهم القياس له فهو ثابت وعلى النحو الذي مر ذكره .

---

([1]) شرح تنقيح الفصول : 211.

([2]) أحكام القرآن : 2|754-755, و 1|204.

([3]) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية : 6|88. وانظر للحديث: مسند الإمام احمد: 5|236, 242.

**الدليل السابع ومناقشته**

قالوا: إن الرسول صلى الله عليه و سلم لما بعث معاذاً إلى اليمن: لم يقل أني استحسن بل ذكر الكتاب و السنة والاجتهاد فقط فدل على أن الاستحسان خارج عن الأدلة الشرعية[1].

**مناقشة الدليل:**

لا أرى حاجة إلى التفصيل في الرد على هذا الاستدلال, لان كل ما تقدم في جواب أدلة النافين هو جواب على هذا ولهذا أخرته , ومع ذلك الخص الجواب فأقول: أن الاستحسان قياس والقياس اجتهاد , فهو إذن غير خارج عن الأدلة. ثم أن النصوص يقيد بعضها بعضا و يخصص بعضها بعضا على ما ذكر الشاطبي على النحو الذي تقدم.

**تحديد الاتجاه المختار:**

لا يخفى أن أدلة المنكرين لا تتوجه في واقع الأمر إلى الاستحسان الذي عناه المثبتون وطبقوه , لذا فإنه لا خلاف في واقع الأمر حتى يقال برجحان اتجاه على آخر , وسأبين لاحقاً ما يؤكد أن الخلاف في الاستحسان لفظي, ولكن لو فرضنا وجود خلاف فإن الراجح حينئذ هو الاتجاه المثبت لحجية الاستحسان , لأنه يجد سنداً – وعلى درجة كبيرة من الوضوح – من الكتاب والسنة وأقضية الصحابة, وقد سبق بيان بعض من ذلك , إلاّ أنه بغية تعزيز ذلك أورد فيما يأتي الأدلة من الكتاب والسنة وكذا بعض فتاوى الصحابة لإثبات حجية الاستحسان.

---

(1) روضة الناظر: 1|410, و البحر المحيط: 6|88. وانظر للحديث: مسند الإمام احمد: 5|236, 242.

## المطلب الثالث

## أدلة مستنبطة من الكتاب و السنة و عمل الصحابة "رضي الله عنهم" دالة على حجية الاستحسان

الاستحسان بجميع أنواعه وصوره يؤدي وظيفة لها أهمية كبيرة: هي البحث و التحري عن المعاني المعقولة المقصودة شرعا في الأقيسة و القواعد, وذلك بغية ربط الحكم بها وجودا وعدما, تجنباً لإثبات حكم يتنافي مع ما تعلق به القصد في تلك الأقيسة والقواعد , سواء كانت المنافاة المشار إليها بمعنى: إثبات حكم بمقتضى قياس مع انتقاء علته, أم بمعنى: تعارض ذلك المعنى المقصود مع ما هو أقوى منه وهو الحرج والمشقة .

وتجنب حصول المنافاة بالمعنى الأول: هو المقصود بالاستحسان الذي هو (مفارقة), ومفهوم أن تعليق الحكم بما هو مقصود في الاقيسة والقواعد هو مقتضى الحكمة, فلو قلنا بنجاسة سؤر السباع للرطوبة النجسة المختلطة به فإن العقل السليم يقضي بطهارة سؤر سباع الطير عند العلم بعدم اختلاط تلك الرطوبة النجسة بالسؤر, بحيث يعد اطراد حكم القياس حينئذ ضربا من العبث , والشرع الحنيف منزه عن ذلك قطعاً.

وتجب الإشارة هنا إلى أن المقصود الأساس بهذا الضرب من الاستحسان هو تجنب إثبات حكم في غير محله , بقطع النظر عن رفع الضرر والحرج , يسيراً كان ذلك الضرر أو فاحشاً , ومعلوم أنه إذا ترتب على إثبات حكم قياس في غير محله : ضرر فإن إثبات ذلك الحكم حينئذ

يكون أظهروا أقوى في مخالفته لمقتضى الحكمة , بل وكلما كبر حجم الضرر كانت مخالفة مقتضى الحكمة أظهر.

وأما تجنب حصول المنافاة بالمعنى الثاني فهو المقصود بالاستحسان الذي هو (التخفيف) وهو في نظر القائلين بالاستحسان المانعين من تخصص العلة مفارقة أيضاً , بناءً على أن عدم الحرج جزء من العلة وهي تنعدم بوجود الحرج وبعد هذا أقول:

الاستحسان بالمعنى الأول: هو مقتضى العدل و الرحمة و حينئذ لا يتصور الانفكاك بين المعنيين لان العمل بمقتضى العدل و الرحمة هو مقتضى الحكمة و العكس صحيح, وعليه فإنه إذا ثبت أن القرآن الكريم دعا الى الحكمة و العدل فإن ذلك يعني أن أساس الاستحسان الذي هو بحث و تحر عن المعاني المعقولة في الأدلة: مستمد من النص, وإذا ثبت أن الشارع الحكيم عدل في بعض الوقائع من حكم إلى حكم رعاية لمصالح الإنسان تفضلا منه ورحمة, فإن ذلك يعني: جواز العدول من قياس إلى قياس آخر إذا أدى اطراد القياس –المعدول عنه- إلى الحرج والمشقة.

ومن هنا فإنى اذكر الأدلة على حجية الاستحسان وعلى النحو الآتي:

**أولاً. <u>الأدلة من القرآن الكريم على حجية الاستحسان</u>**

(1) اقترنت الحكمة بالكتاب في آيات عدة من القرآن الكريم ومن ذلك قوله تعالى:

"ربنا وابعث فيهم رسولاً منهم يتلوا عليهم آياتك و يعلمهم الكتاب و الحكمة ويزكيهم إنك أنت العزيز الحكيم"[1].

ومن ذلك أيضاً قوله تعالى:

"يؤتي الحكمة من يشاء ومن يؤت الحكمة فقد أوتي خيرا كثيرا وما يذكر إلاّ أولوا الألباب"[2].

موطن الاستدلال في الآية الكريمة الأولى: اقتران الحكمة بالكتاب.

وفي الآية الثانية : وصف الله تعالى الحكمة بالخير الكثير. وكل ذلك على التفصيل الآتي:

قال القرطبي في تفسير الآية الكريمة الثانية:

إن العلماء مختلفون في المراد بالحكمة هنا , وذكر التفسيرات الآتية:

قال ابن عباس: هي المعرفة بالقرآن: فقهه ونسخه , ومحكمه , ومتشابهه وغريبه , ومقدمه , ومؤخره .

وقال السدى, هي النبوة.

وقال قتادة ومجاهد والنخعي: الحكمة هي الفقه في القرآن.

وقال ابن زيد: هي العقل في الدين.

ثم نقل القرطبي عن الإمام مالك, قوله:

---

([1]) سورة البقرة: 129.

([2]) سورة البقرة: 269.

إن الحكمة هي المعرفة بدين الله , والفقه فيه والإتباع له, قال القرطبي: وروى عنه ابن القاسم أنه قال: الحكمة: التفكر في أمر الله والإتباع له, وإنها طاعة الله و الفقه في الدين و العمل به .

ثم خلص القرطبي إلى القول:

بأن هذه الأقوال قريب بعضها من بعض . لأن الحكمة مصدر من الأحكام وهو, الإتقان في قول أو فعل , فكل ما ذكر نوع من الحكمة التي هي الجنس , فكتاب الله حكمة وسنة نبيه حكمة , وكل ما ذكر من التفصيل فهو حكمة.

وأصل الحكمة: ما يمتنع به من السفه , فقيل: للعلم حكمة لأنه يمتنع به و به يعلم الامتناع من السفه , وهو كل فعل قبيح[1].

هذا وقد أورد أبن كثير بعضاً من الأقوال المتقدمة وزاد قولاً لزيد بن أسلم : وهو : أن الحكمة هي العقل[2].

ويمكن القول في ضوء التفسيرات المتقدمة: إن الحكمة في الآيتين الكريمتين وغيرهما من الآيات واردة بمعنى العقل باعتباره الآلة الكاشفة للمعاني المودعة في النصوص الشرعية والتي لا سبيل إلى معرفتها بمجرد اللغة[3] ويبدو لي أن هذا هو وجه ذكر الحكمة مستقلة عن الكتاب , كما

---

([1]) الجامع لأحكام القرآن: 3|330.

([2]) تفسير القرآن العظيم: 1|304.

([3]) وهذا احتزاز عن دلالة النص لان المعنى فيها مفهوم من اللغة, واما في القياس فهو مفهوم من أجناس الأوصاف بالعقل . أنظر لما في هذا المعنى: أصول السرخسي: 2|179.

أرى أن هذا هو ما عناه من ذكرناهم من الأصوليين بقولهم: القياس دليل مستقل[1].

وظهر بذلك أن الحكمة تعني هنا, فهم القرآن والفقه فيه , ولكن بقي أن أحدد ثمرة هذا الفهم , وعلى الوجه الآتي :

يترتب على هذا الفهم للمعاني التي لا يمكن الوقوف عليها بمجرد اللغة أمران:

**أولهما**: إثبات أحكامها فيما تتواجد فيه ويتمثل هذا بالقياس.

**ثانيهما**: عدم إثبات أحكام إذا علم انتفاء تلك المعاني في موضع من المواضع . وهو الاستحسان[2].

وذلك يعني: تعليق الحكم بالمعاني المعقولة المستنبطة من النص وهذا بالتالي يعني: منع حصول ما يمكن وصفه بالعبث و السفه و القبح في نظر الشرع, واتضحت بذلك الصلة بين القياس والاستحسان وبين الحكمة التي قال القرطبي وغيره : أن أصلها –أي الحكمة– ما يمتنع به من السفه , وبه يعلم الامتناع عن السفه الذي هو كل فعل قبيح.

وظهرت بذلك العلاقة بين الحكمة بالمعنى المذكور[3] وبين الاستحسان , بل الاستحسان الذي هو عدول ليس إلاّ ثمرة الحكمة, لاسيما وان القائلين بالاستحسان يصرحون بأن العقل هو الكاشف للتأثير الذي هو مدار ترجيح الاستحسان على القياس.

---

([1]) بمعنى أن الشارع دلنا بالمذكور –المكتوب, أو المفهوم من اللفظ– على حكم ما لم يذكر. وهو الذي يمكن استنباطه بالعقل–.

([2]) ما قاله صدر الشريعة بخصوص التعدية وعدم المانع في فصل تكييف الاستحسان.

([3]) وهو فهم النص و استنباط المعاني المودعة فيه.

وحاصل الكلام: أن التأمل العقلي لكشف مقاصد الشارع في الأدلة يجد له سندا في كتاب الله الكريم وليس ذلك مما ابتعه القائلون بالاستحسان بمحض عقولهم وإذا ثبت أن العقل أوكل إليه مهمة استنباط المعاني, فلابد أن يكون ذلك لإثبات حكم تلك المعاني حال تواجدها والامتناع عن ذلك حال العلم بعدم تواجدها.

**(2) قوله تعالى:**

"إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغي يعظكم لعلكم تذكرون"(1).

**وجه الاستدلال:**

أقول ابتداءً الآيات الآمرة بالخير والناهية عن الشر في القرآن الكريم كثيرة وهذا معلوم , غير أن الآية الكريمة المذكورة من أجمع تلك الآيات فلقد قال فيها الصحابي الجليل عبدالله بن مسعود رضي الله عنه: "إنها اجمع آية في القرآن لخير يمتثل ولشر يجتنب"(2).

وقال العز بن عبد السلام:

"واجمع آية في القرآن للحث على المصالح كلها والزجر عن المفاسد بأسرها هذه الآية"(3).

وبناءً على ما تقدم : فإنه إذا كان العدول في الاستحسان جارياً من أجل تحقيق المصالح بإدامتها بدرء المفاسد فإن هذه الآية الكريمة بمفردها تصلح دليلاً على حجية الاستحسان . ومع ذلك فليس المراد بوجه

---

(1) سورة النحل: 90.

(2) الجامع لأحكام القرآن: 10|165.

(3) قواعد الأحكام: 2|182.

الاستدلال هنا ذلك بل وجه الاستدلال هو اقتران الإحسان بالعدل في الآية الكريمة وعلى التفصيل الآتي:

ذهب الدكتور عبد السلام الترمانيني إلى أن هذه الآية الكريمة أوجبت تطبيق القواعد والاقيسة التي سمته عدلاً مقرونة بالعدالة التي سمتها إحساناً . وقد بنى هذا الاستدلال على التفرقة بين العدل والعدالة في القانون وقال[1]: العدل هو الإرادة المشتركة للجماعة التي يعبر عنها القانون بقواعده الثابتة المتسمة بالتجريد والعمومية ويفرض في تطبيقه المساواة بين الأفراد , فهو يتميز بالصلابة والشدة , فكما يرضيه –أي العدل في منظور القانون – أن يقضي ببراءة البريء , يرضيه أيضاً أن يقضي بإدانة المذنب ومعاقبته , قال : وأما العدالة فهي شيء آخر إذ إنها القاعدة المتحركة التي تتبع من شعور الإنسان التلقائي بقسوة القاعدة القانونية حين تطبيقها في حالة معينة أو في ظرف معين وتسعى إلى تلطيفها بدافع من الرحمة والعطف"[2].

ثم قال:

أما الشريعة الإسلامية فإنها لا تفرق بين العدل والعدالة في اللغة والاصطلاح فكلاهما يؤدي معنى واحدا هو: إحقاق الحق بتطبيق أحكام الشرع , غير أنه جاءت في القرآن الكريم كلمة تؤدي معنى العدالة في الفكر الغربي قديمه وحديثه وتسمو عليها وهي كلمة الإحسان وبهذا : فإن

---

([1]) تاريخ النظم والشرائع: 407 وما بعدها.

([2]) المصدر نفسه, نقلا عن المدخل لدراسة العلوم القانونية (القانون), عبد الحي حجازي, ص:219 وبدوره نقلاً عن Ferarras .

العدل يقضي بتطبيق القواعد وإطرادها , والإحسان يقضي باللطف في تطبيق القواعد.

وقد استند هذا الباحث في استدلاله إلى تفسيرين أحدهما لغوي والثاني: ما ذكره بعض المفسرين في تفسير العدل والإحسان , وفيما يأتي اذكر هذين التفسيرين :

**<u>أولاً. التفسير اللغوي</u>:**

جاء في تاج العروس في مادة (عدل):

إن العدل ضربان: مطلق يقتضي حسنه ولا يكون في زمن من الأزمنة منسوخاً , ولا يوصف بالاعتداء , وعدل: يعرف كونه عدلا بالشرع ويمكن نسخه في بعض الأزمنة , وهذا هو المعني بقوله تعالى:

"إن الله يأمر بالعدل والإحسان".

فإن العدل هو المساواة في المكافأة إن خيراً فخير وإن شراً فشر , والإحسان أن يقابل الخير بأكثر منه والشر بأقل منه".

قال الباحث:

"وهذا التفسير الواسع للاحسان يشمل كل ما هو حسن حسب الاشتقاق اللغوي للكلمة , فالعدالة بهذا الاعتبار جزء من الإحسان , لأنها في حقيقتها ضرب من فعل الجميل , إلاّ أن اقتران الإحسان بالعدل يدفعنا إلى الميل إلى تخصيص معناه هنا بالعدالة حتى يقوم التناسق بينه وبين العدل وقد أمرت بهما آية واحدة".

**ثانياً. ما قاله بعض المفسرين**

استند الباحث إلى ما جاء في تفسير الكشاف , وتفسير ابن كثير بخصوص الآية ، وأما بخصوص الأول فقد جاء فيه:

العدل هو الواجب, لان الله تعالى عدل فيه على عباده, فجعل ما فرضه عليهم واقعا تحت طاقتهم, والإحسان : الندب , وإنما علق أمره بهما جميعاً لأن الفرض لابد أن يقع فيه تفريط فيجبره الندب[1].

وأما تفسير ابن كثير فقد جاء فيه[2]:

إن الله يأمر عباده بالعدل وهو القسط و الموازنة, ويندب إلى الإحسان كقوله تعالى :

"وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولئن صبرتم لهو خير للصابرين"[3].

ثم خلص هذا الباحث إلى القول:

"بأن عدالة الشريعة الإسلامية مستمدة من الإحسان وهو مصدر متصل بالشريعة وإن الإحسان عنصر متمم للعدل".

وأرى في هذا المعنى قول عزالدين بن عبدالسلام في تفسير العدل و الإحسان حيث قال العدل هو التسوية والإنصاف , والإحسان, إما جلب مصلحة أو درء مفسدة[4].

---

([1]) الكشاف: 2|424-425, نقله الباحث بتصرف, ولكني آثرت نقله كما هو وارد دون تصرف

([2]) تفسير القرآن العظيم: 2|563.

([3]) سورة النحل: 126.

([4]) قواعد الأحكام: الإشارة السابقة.

وبعد هذا أقول:

إن الواضح سدادة ما ذهب إليه الأستاذ الباحث, حيث أن اقتران الإحسان بالعدل يدل على أن الإحسان متمم للعدل, فالعدل: تطبيق الاقيسة والقواعد , والإحسان : اللطف فيه , وأرى أن موقع الإحسان من العدل هو موقع الحكمة نفسه من النص الشرعي, والله تعالى اعلم. غير أن من الممكن القول بأنه لو صحّ التفسير المذكور لاقتران الإحسان بالعدل. فحينئذ تكون دلالته على حجية الاستحسان الذي هو تخفيف – والذي يكاد يكون كل الاستحسان– أظهر من دلالته على الاستحسان الذي هو مفارقة, وعلى فرض صحة التفسير المذكور لاقتران الحكمة بالنص فإن دلالته حينئذ على حجية الاستحسان الذي هو مفارقة اظهر من دلالته على الاستحسان الذي هو التخفيف, وان كان شاملاً له في حقيقة الأمر على اعتبار أن موضع الاستحسان – الذي هو للتخفيف– قد فارق نظائره بانعدام العلة فيه لطروء (الحرج) فيه , والذي هو المانع.

هذا وقد سبق تعريف ابن رشد للاستحسان بأنه: طرح لقياس يؤدي إلى غلو ومبالغة... الخ , كما سبق قول ابن رشد في بداية المجتهد:

"إن معنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الإلتفات إلى المصلحة والعدل"[1].

(3) مما يعزز التفسير المذكور للآية السابقة والتي قبلها هو عدول الشارع الحكيم في بعض الوقائع من حكم إلى حكم جلبا للمصلحة ودرءاً للمفسدة , وقد سبق ذكر أمثلة لهذا العدول في أدلة المثبتين.

---

([1]) أنظره: 2|201.

**ثالثاً. <u>فكرة الاستحسان في السنة النبوية</u>:**

إذا وجدنا في كتاب الله الكريم ما يؤكد حجية الاستحسان, فإن من الطبيعي أن نجد مثل ذلك في السنة النبوية , لذا فإني اقتصر هنا على ذكر مثالين عدل فيهما الرسول (صلى الله عليه وسلم) من حكم إلى حكم جلباً للمصلحة:

**<u>أولهما</u>**: إجازته صلى الله عليه وسلم السلم استثناء من نهيه عن بيع الإنسان ما ليس عنده حيث قال:

"لا تتبع ما ليس عندك"[1].

ثم استثنى من ذلك السلم فعن ابن عباس رضي الله عنهما قال:

"قدم النبي (صلى الله عليه وسلم) المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال صلى الله عليه وسلم:

"من أسلف في ثمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"[2].

قال في سبل السلام:

"السلم مخالف للقياس إذ هو بيع معدوم وعقد غرر"[3].

**<u>ثانيهما</u>**: عن زيد بن ثابت رضي الله عنه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلاً"[4].

---

([1]) الموطأ بشرح المنتقي: 4|268, ومسند الإمام احمد: 3|402 و 434.

([2]) صحيح البخاري مع حاشية السندي: 2|30, و مسند الإمام احمد: 1|217, 222, 228.

([3]) أنظره:3|45.

([4]) المصدر نفسه, وفيه: متفق عليه, وقد سبق تخريج الحديث في فصل التعريفات.

وهذا استثناء عن عموم نهيه عن بيع الرطب بالتمر خرصاً وتخميناً .

**رابعاً. الصحابة والاستحسان:**

ثبت أن الصحابة رضي الله عنهم عدلوا في بعض الوقائع من حكم إلى حكم تحقيقا للمصالح ودرءاً للمفاسد . ومن ذلك:

- ما تقدم ذكره من درء عمر بن الخطاب رضي الله عنه حد السرقة عن السارق عام المجاعة.
- قضاء عثمان بن عفإن رضي الله عنه بتوريث المطلقة في مرض موت زوجها مع أن القياس يقضي بعدم توريثها لانقطاع العلاقة الزوجية التي هي سبب الإرث[1].
- قضاء علي بن أبي طالب رضي الله عنه بتضمين الصناع , مع أن الأصل الكلي الوارد على لسان الرسول صلى الله عليه وسلم يقضي بعدم تضمينهم.

وهو قوله صلى الله عليه وسلم:

"لا ضمان على مؤتمن"[2].

وقد تقدم تفصيل هذا المثال في فصل التعريفات.

(1) المنتقي: 4|85, والمبسوط: 6|154, و المغني: 6|330.

(2) السنن الكبرى: 6|289.

## المبحث الثاني

## حقيقة موقف العلماء من الاستحسان

أشرت فيما سبق إلى أن القول بالاستحسان قد واجه معارضة شديدة في بادئ الأمر ثم خفت هذه المعارضة تدريجياً حتى وصل الأمر إلى درجة صرح معها الكثيرون من علماء الفريقين بان الخلاف في الاستحسان لفظي , وإن الاستحسان الذي أنكره المنكرون هو غير الاستحسان الذي قال به المثبتون, ومع ذلك فإن بعض العلماء حدد مواضع على أنها محال خلاف في الاستحسان, و الحق انه لا يتحقق استحسان مختلف فيه , وبما أن الإمام الشافعي رحمه الله تعالى يعد حامل لواء هذه المعارضة فإن الحكم الفصل في هذه القضية على ما يبدو لي هو معرفة حقيقة الاستحسان الذي عناه الإمام الشافعي بالرد والإبطال.

ومن هنا فإني أقسم الكلام في هذا المبحث على ثلاثة مطالب وخاتمة وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: آراء العلماء في حقيقة الخلاف في الاستحسان.

المطلب الثاني: حقيقة الاستحسان الذي عناه الإمام الشافعي بالرد والإبطال.

المطلب الثالث: نماذج من المسائل الاستحسانية للإمام الشافعي والشافعية.

والخاتمة: في بيان حقيقة الاستحسان الذي أنكره ابن قيم الجوزية.

## المطلب الأول

## آراء العلماء في حقيقة الخلاف في الاستحسان

ويتضمن فرعين:

الفرع الأول: الآراء القائلة بعدم وجود خلاف.

الفرع الثاني: الآراء القائلة بوجود محل خلاف.

### الفرع الأول

### الآراء القائلة بعدم وجود خلاف

إن مجرد المقارنة بين أدلة المنكرين وبين ما هو مطبق من المسائل الإستحسانية يؤكد كون الخلاف في الاستحسان خلافاً لفظياً, وإن الاستحسان الذي أنكره المنكرون غير الاستحسان الذي عناه المثبتون وطبقوه , ومع ذلك فإني أورد هنا نصوصاً صريحة لعلماء كلا الفريقين للتأكيد على عدم وجود استحسان مختلف فيه .

يقول ابن السمعاني من الشافعية:

"إذا كان الاستحسان هو القول بما يستحسنه الإنسان ويشتهيه من غير دليل فهو باطل ولا احد يقول به, فالخلاف بيننا وبينهم لفظي , فإن تفسير الاستحسان بما يشنع عليهم لا يقولون به, والذي يقولون به أنه العدول في الحكم من الدليل إلى أقوى منه فهذا مما لا ينكر , لكن هذا الاسم – أي الاستحسان– لا نعرفه أسماً لما يقال به بمثل هذا الدليل"[1].

وقريب من ذلك ما قاله الزركشي , فقد قال موجها كلامه للمثبتين:

---

([1]) البحر المحيط: 6|89-90.

"إذا كان الاستحسان كما تقولون فهو نوع من القياس, فلا وجه لتسميته باسم آخر, ولئن قلتم: لا مشاحة في الاصطلاح قلنا : هذا يوهم انه دليل غير القياس , فقل هو قياس في المعنى وله اسم آخر في اللفظ وهو أحد أنواع القياس , وحينئذ يرتفع الخلاف"[1].

ويقول القفال:

"إن كان المراد بالاستحسان (ما دلت الأصول بمعانيها) فهو حسن, لقيام الحجة فهذا لا ننكره ونقول به , وإن كان ما يقع في الوهم من استقباح الشيء واستحسانه من غير حجة دلت عليه من أصل ونظير فهو محظور و القول به غير سائغ"[2].

وهذا هو المراد بقول الماوردي:

"الاستحسان بالدليل معمول به , وإنما ننكر العمل بالاستحسان إذا لم يقترن به دليل"[3].

وقال ابن السبكي في جمع الجوامع:

"لا يتحقق استحسان مختلف فيه , فإن تحقق استحسان مختلف فيه فمن قال به فقد شرع"[4].

وقال في رفع الحاجب:

---

([1]) البحر المحيط: 6|93, وأرى أن يريد بقوله "قياس في المعنى": المرسل الملائم وذلك لأن الشافعية بل الجمهور يطلقون لفظ القياس على المناسب الذي يشهد له أصل معين. ينظر: المستصفي: 1|310.

([2]) البحر المحيط : 6|90, وإرشاد الفحول: 241.

([3]) أدب القاضي: 1|660.

([4]) شرح المحلي: 2|353, والإبهاج: 3|190.

"إن الخلاف لفظي راجع إلى نفس التسمية , وإن المنكر عندنا هو جعل الاستحسان أصلاً من أصول الشريعة مغايراً لسائر الأدلة , وأما لفظ الاستحسان فلسنا ننكره"[1].

ويقول ابن الحاجب من المالكية:

"لا يتحقق استحسان مختلف فيه"[2].

ويمثل ما تقدم قال المثبتون ومن ذلك ما جاء في فواتح الرحموت ومسلم الثبوت : "والحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه, فإن أريد به ما يعده العقل حسناً فلم يقل بثبوته أحد , وإن أريد ما أردنا نحن فهو حجة عند الكل , فليس هو أمر يصلح للنزاع , وبالجملة : ليس الاستحسان عندنا إلاّ دليلاً معارضاً للقياس"[3].

ويقول الشاطبي:

"إن استحسان أبي حنيفة ومالك غير خارج عن الأدلة, والشافعي لا يرد مثل ذلك أصلاً"[4].

ويقول التفتازاني:

"كثر في الاستحسان المنافعة والرد على المدافعين , ومنشؤهما عدم تحقيق مقصود الفريقين, ومبنى الطعن من الجانبين على الجرأة وقلة المبالاة , فإن القائلين بالاستحسان يريدون به ما هو أحد الأدلة الأربعة ,

---

(1) المنخول. هامش ص374, نقله محقق الكتاب عن المصدر المذكور مخطوط ج 2|ورقة 353.

(2) منتهى الوصول: 207, وحاشية السعد: 2|288, و التقرير و التحبير: 3|223 وفيه: لا جرم إن قال ابن الحاجب لا يتحقق استحسان مختلف فيه.

(3) أنظرهما: 2|321.

(4) الاعتصام: 2|139.

والقائلون بأن من استحسن فقد شرع يريدون أن من أثبت حكما بأنه مستحسن عنده من غير دليل من الشارع فهو الشارع لهذا الحكم حيث لم يأخذ من الشارع , والحق أنه لا يوجد في الاستحسان ما يصلح محلاً للنزاع".

ثم بين السبب المثير للنزاع قائلاً:

"ولمّا اختلفت العبارات في تفسير الاستحسان مع انه قد يطلق على ما يهواه الإنسان ويميل إليه وإن كان مستقبحاً عند الغير , وكثر استعماله في مقابلة القياس على الإطلاق , كان إنكار العمل به عند الجهل بمعناه مستحسنا حتى يتبين المراد منه , إذ لا وجه لقبول العمل بما يعرف معناه , وبعدما استقرت الآراء على انه اسم لدليل متفق من غير مقابلة فهو حجة عند الجميع من غير تصور الخلاف"[1].

وكلام الفنتازاني هنا بشأن حقيقة الخلاف واضح , لكن الذي أرى ما يستوجب الوقوف عنده هو بعض ما جاء فيه فيما يتعلق بالسبب الذي أثار النزاع بادئ الأمر. وبعبارة أخرى فيما يتعلق بإنكار الإمام الشافعي للاستحسان, فالظاهر أن التفتازاني سلم بأن الإمام الشافعي قد قصد الاستحسان المطبق , ومن هنا جاء يعتذر عنه بأنه كان عند إنكاره غير مطلع على حقيقة مراد المثبتين بالاستحسان الذي قالوا به , ولما كان في كلام التفتازاني هذا المعنى , قال ابن أمير الحاج بعد أن نقل الفقرة الثانية من كلام التفتازاني:

---

([1]) التلويح: 2|81-82.

وفي هذا الاعتذار ما لا يخفي[1].

ومما يؤكد أن الحنيفة فهموا أن الإمام الشافعي قصد استحسانهم قول ابن الهمام: "ومنكر الاستحسان حيث قال من استحسن فقد شرع لم يدر المراد به , لذا كان عليه ألاّ يسارع إلى رده"[2].

والذي يبدو لي: إن الإمام الشافعي لم يقصد أساساً استحسان الحنيفة أو المثبتين حتى تكون هنالك حاجة إلى الاعتذار عنه , إذ ثبت أن الاستحسان الذي قال به المثبتون مختلف عن الاستحسان الذي رده هو, ويبدو أن هذا الاعتذار ربما يأخذ موقعه بالنسبة لعلماء الشافعية, فالظاهر أنهم هم الذين لم يتبينوا مراد الإمام الشافعي بالاستحسان الذي رفضه , ومن ثمّ طعنوا في الاستحسان وأثاروا الجدل والخلاف.

وأما بخصوص ما قاله التفتازانى بشأن تسبب عبارة الاستحسان برفض الاستحسان فهو مسلم , فقد سبق كلام الزركشى في هذا, وسأورد لاحقا ما يؤكد ذلك أكثر , هذا وإني أقصد بتسبب عبارة الاستحسان في إنكار حجية الاستحسان:

إن هذه العبارة قد استغلت من قبل بعضهم, بحيث ادخلوا في شرع الله ما ليس منه , مما دفع بالإمام الشافعي إلى أن يعقد فصلاً في كتابيه (الرسالة) و (الأم) لرد الاستحسان , ولو أخذنا بأبعد احتمال وقلنا بأن استحسان الائمة هو المقصود من قبل الإمام الشافعي فليس ذلك إلاّ لأن هؤلاء (البعض) قد نسبوا إلى الأئمة ما لم يروه وقولوهم ما لم يقولوه ,

---

([1]) التقرير و التحبير: 3|223.
([2]) المصدر نفسه: 3|222.

وسأفصل في هذا لاحقاً عند الكلام على الاستحسان الذي رفضه فهناك موضع تفصيله, وغرضي من هذا المطلب: التأكيد على كون الخلاف خلافا في العبارة, وذلك بذكر نصوص صريحة للأصوليين من الفريقين.

## الفرع الثاني

## الآراء القائلة بوجود خلاف في الاستحسان

في الوقت الذي وجدنا فيه من يرى عدم وجود خلاف في الاستحسان على الإطلاق نجد هناك من يرى وجود مواضع مختلف فيها في الاستحسان . وفيما يأتي ابرز ما قيل في الخلاف المشار إليه.

يرى الاسنوى: أن الاستحسان الذي هو قول بالتشهي لم يقل به أحد وإن هذا ليس محل الخلاف , وإنما الخلاف هو فيما عدا ذلك , غير أنه لم يحدد ما أراده بمحل الخلاف , فهو يقول:

"الاستحسان هو استفعال من الحسن , يطلق على ما يميل إليه الإنسان ويهواه من الصور والمعاني وإن كان مستقبحاً عند غيره , وليس هذا محل الخلاف لاتفاق الأمة قبل ظهور المخالفين على امتناع القول في الدين بالتشهي , فيكون محل الخلاف فيما عدا ذلك"[1].

والذي افهمه من كلام الاسنوي : أن الاستحسان نوعان: نوع مرفوض بالاتفاق, ونوع محل خلاف .

ويقول أبو إسحاق الشيرازي:

---

([1]) شرحه على منهاج الوصول: 3|140.

"إن كان الاستحسان هو الحكم بما يهجس في النفوس من غير دليل فهذا ظاهر الفساد, لان ذلك حكم بالهوى وإتباع للشهوة و الأحكام مأخوذة من أدلة الشرع لا مما يقع في النفس , وإن كان تخصيص بعض الجملة من الجملة بدليل يخصها أو الحكم بأقوى الدليلين فهذا مما لا ينكره أحد فيسقط الخلاف في المسألة , ويحصل الخلاف في أعيان الأدلة التي يزعمون أنها أدلة خصّوا بها بعض الجملة أو دليل أقوى من دليل"[1].

ومعنى كلامه هذا: انه لا خلاف في أصل القول بالاستحسان, وإنما الخلاف هو في بعض الأدلة التي عدت على أنها أقوى من القياس, ولعله يريد بهذه الأدلة : المصلحة المرسلة والعرف , وذلك لأن بعض الأصوليين حددوا هذين كمحل خلاف في الاستحسان على ما أذكر .

وبعد تتبع لآراء الأصوليين من الشافعية وغيرهم وجدت أن هنالك من يحدد المواضع الآتية على أنها محال خلاف في الاستحسان:

(1) إن الزركشي بعد أن أورد الاستحسان على أنه: "دليل ينقدح في نفس المجتهد تقصر عنه عبارته" والذي نسبه إلى الحنفية , نقل قول الخوارزمي: بأن هذا ينبغي أن يكون محل الخلاف, ولا ينبغي أن يكون حجة إذ لا شاهد له"[2].

وتجدر الإشارة إلى أن الخوارزمي لا يريد بهذا الاستحسان الذي هو عمل بالمصلحة المرسلة أو الذي هو ترك القياس بالمصلحة المرسلة, بدليل انه

---

(1) اللمع: 121.

(2) البحر المحيط: 6|93. والظاهر أن الخوارزمي هذا هو محمد الخوارزمي المعروف بابن القاءاني, وهو فقيه حنفي, خوارزمي الأصل سكن بمكة توفي سنة 775ه, وينظر: كشف الظنون: (1749), والفوائد البهية : 215, والأعلام للزركلي: 8|234, والفتح المبين: 2|199.

يفسر المصلحة المرسلة بأنها عبارة عن المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق[1].

وظاهر كلامه أنه يريد هذا النوع من الاستحسان إن تحقق , وقد سبق الكلام فيه.

قال بعضهم إن محل الخلاف هو ترك القياس بالعرف والعادة.

وممن قال ذلك: الامدى والسنجي من الشافعية , وابن عقيل من الحنابلة[2] وعلى التفصيل الآتي:

قال السنجي:

"الاستحسان كلمة يطلقها أهل العلم وهي على ضربين:

**أحدهما:** واجب بالإجماع وهو أن يقدم الدليل الشرعي والعقلي على حسنه , كالقول بحدوث العالم وبعثة الرسل واثبات صدقهم.

**الثاني:** أن يكون على مخالفة الدليل الشرعي, مثل أن يكون الشيء محظوراً بدليل شرعي وفي عادات الناس إباحته , ويكون في الشرع دليل يغلظه وفي عادات الناس التخفيف , فهذا عندنا يحرم القول به ويجب إتباع الدليل سواء كان الدليل نصاً أو إجماعاً أو قياسا".

وقسّم ابن عقيل الاستحسان على ثلاثة أقسام:

**أحدهما:** ترك القياس لدليل أقوى , قال: فهذا نقول به وهو صحيح.

---

(1) إرشاد الفحول: 242.

(2) الأحكام : 2|394, و البحر المحيط: 6|87 , 90 وأصول مذهب الإمام احمد: 511 نقلا عن (الواضح) لابن عقيل مخطوط ورقة 143 وما بعدها.

**الثاني**: ترك القياس لغير دليل قال: فهذا لا يجوز لأحد أن يذهب إليه أنه مجرد هوى النفس واستحسانها.

**الثالث**: ترك القياس للعرف والعادة, قال:

وههنا يتصور الخلاف".

(2) قال الطبري: إن محل الخلاف في الاستحسان هو ترك القياس بالمصلحة المرسلة. نقله عنه الزركشي وقال مانصه:

"قيد الطبري في العدة محل الخلاف في الاستحسان بالمخالف للقياس, فإن لم يكن مخالفاً للقياس فهو جائز, كما استحسن الشافعي الحلف بالمصحف و نظائره"[1].

وأول ما ينبغي ملاحظته هنا: أن الزركشي جعل المخالف للقياس قسما من الاستحسان, ويظهر بذلك أنه يطلق الاستحسان على المصلحة المرسلة, بقطع النظر عن تعارضها مع القياس وعدم تعارضها معه , ويؤيد ذلك ان الزركشي بعد أن ذكر أن الإمام الشافعي وأصحابه قالوا بالمصلحة المرسلة قال:

"وحيث اعتبرت المصالح المرسلة عندنا فذاك حيث لم يعارضها قياس, فإن عارضها خرج للشافعي رحمه الله تعالي فيه قولان"[2].

---

([1]) البحر المحيط: 6|98, والطبري هو الحسين بن القاسم ابو علي الطبير, نسبة الى طبرستان = فقيه شافعي ولد سنة 263هـ كان احد شيوخ الشافعية في بغداد, قال عنه ابن كثير انه احد الائمة المحررين في الخلاف, توفي سنة 350هـ. انظر: البداية و النهاية: 11|238, والاعلام: 2|274, والفتح المبين: 1|207 – 208.

([2]) المصدر نفسه: 6|77, 81.

وتجدر الإشارة إلى أن الظاهر من كلام بعض الشافعية أنهم يطلقون الاستحسان على المصلحة المرسلة[1], وهو الظاهر من موقف الإمام الشافعي لكن على التفصيل الذي يأتي:

يقول الشيخ أبو زهرة: "أن الاستحسان في نظر الشافعي يشمل المصلحة المرسلة إذا لم يكن دليل سواها كما يشمل المصلحة في حال معارضتها للاقيسة. وأضاف قائلاً : ويظهر أن كلمة الاستحسان في عرفه وعرف الإمام مالك تشمل المصلحة المرسلة"[2].

وبعد هذا أقول:

إن ما تقدم من تحديد لمحال الخلاف من قبل الأصوليين ناشئ عن فهم كل منهم لحقيقة الاستحسان الذي أنكره الإمام الشافعي , والإمام الشافعي لا يريد بالاستحسان غير (المناسب المرسل) ، ومن هنا فإن مدار النقاش ليس إلاّ الاستحسان الذي هو ترك القياس بالمناسب المرسل, والإمام الشافعي لا يريد بالاستحسان الذي رفضه ترك القياس بالمرسل الملائم, لان المرسل الملائم عنده يندرج ضمن القياس. وترك القياس بقياس أقوى لا ينكره بل الذي ينكره ويعدّه وضعاً للشرع بالرأي ترك القياس بالمرسل غير الملائم و موضع تفصيل ذلك المطلب الآتي:

---

(1) المستصفي: 1|310.

(2) أصول الفقه: 215.

## المطلب الثاني

## حقيقة الاستحسان الذي عناه الإمام الشافعي بالإبطال

رد الإمام الشافعي القول بالاستحسان ووصفه بأنه تلذذ[1], واشتهر عنه انه قال: من استحسن فقد شرع[2], ومعناه على ما قال الروياني:

"أن ينصب من جهة نفسه شرعا غير شرع المصطفي صلى الله عليه وسلم[3]. وبناء عليه قال بعض الشافعية:

ومن شرع فقد كفر.

نقله: الزركشي وقال : سكت الشافعي عن المقدمة الثانية لوضوحها[4].

وأجد نفسي مضطراً إمام حجم هذا الرفض إلى التفصيل في بيان حقيقة هذا الاستحسان وذلك من خلال الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول: الوقوف على الاستحسان الذي أبطله الإمام الشافعي من خلال الأدلة التي ساقها لإبطاله.

الفرع الثاني: شواهد تدل على أن الاستحسان الذي عناه الإمام الشافعي إنما هو: الغريب من المرسل.

الفرع الثالث: الخصم الذي تصدي الإمام الشافعي للرد عليه.

---

([1]) الرسالة :215.

([2]) المنخول: 374, وشرح المحلي على جمع الجوامع: 2|353, وغاية الوصول: 139, وشرح البدخشي على مناهج الوصول: 3|140, و البحر المحيط: 6|87, و التقرير و التحبير: 3|222, وشرح الكواكب المنير: 387, و الاعتصام: 2|137.

([3]) البحر المحيط: 6|87, وقال البدخشي: معناه: من اثبت حكما باستحسان فهو الشارع لهذا الحكم فهو كفر أو كبيرة, انظر شرحه على منهاج الوصول: نفس الإشارة.

([4]) البحر المحيط: نفس الإشارة.

## الفرع الأول

## الوقوف على الاستحسان الذي أبطله الإمام الشافعي من خلال الأدلة التي ساقها لإبطاله

عقد الإمام الشافعي لإبطال الاستحسان فصلاً قائماً بذاته في كتابه: (الأم) بعنوان: إبطال الاستحسان, وتناول ذلك أيضاً بشيء من التفصيل ف كتابه: (الرسالة), وفيما يأتي أورد أهم ما استدل به على نفي حجية الاستحسان وليس الغرض منه غير إبراز حقيقة ذلك الاستحسان الذي قصده بالإبطال بتلك الأدلة, وهي الآتية:

**الدليل الأول**

قال الله تعالى:

"اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً"[1].

وقال: "أيحسب الإنسان أن يترك سدى"[2].

وقال:

"ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء وهدى ورحمة"[3].

فهذه النصوص مجتمعة تدل على أن الله تعالى لم يترك الناس سدى وإنه أكمل الدين وأتم النعمة وجعل الكتاب تبياناً لكل شيء, فلو جاز

---

([1]) سورة المائدة:3.

([2]) سورة القيامة:36.

([3]) سورة النحل: 89.

لأحد أن يقول بغير كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا قياس على بعض هذا لجاز الخلف في خبره تعالى:

قال الإمام الشافعي ما نصه:

"ليس لأحد دون رسول الله صلى الله عله وسلم أن يقول إلاّ (بالاستدلال) فلا يجوز لأحد أن يحكم أو يفتي إلاّ من جهة خبر لازم وذلك: الكتاب والسنة والإجماع أو قياس على بعض هذا , ولا يجوز أن يحكم ولا أن يفتي بالاستحسان , ومن قام بذلك فقد حكم وأفتى بما لم يؤمر به وادعى أن الله قد ترك بعض مصالح خلقه ولم يشرع من الأحكام ما يحقق لهم ذلك أو يحفظه عليهم[1].

**<u>الدليل الثاني</u>**

قال: قال الله عز و جل لنبيه عليه الصلاة و السلام:

"واتبع ما يوحى إليك من ربك"[2].

وقال تعالى:

"وإن أحكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع أهواءهم"[3].

وقال تعالى : "يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق"[4].

وليس يؤمر أحد أن يحكم بحق إلاّ وقد علم الحق , ولا يكون الحق معلوماً إلاّ عن الله نصاً أو دلالة من الله تعالى , فقد جعل الله الحق في

---

([1]) الرسالة: 25, 507-508, والام: 7|270-271, 279.

([2]) سورة الأحزاب: 2.

([3]) سورة المائدة: 49.

([4]) سورة ص : 26.

كتابه ثم سنة نبيه صلى الله عليه وسلم, فليس تنزل نازلة إلاّ والكتاب يدل عليها نصاً أو جملة"[1].

**الدليل الثالث**

إن الرسول (صلى الله عليه وسلم) وهو الذي لا ينطلق عن الهوى لم يكن يفتي باستحسانه بل كان يتبع الوحي وينتظره فيما إذا لم يجده, وإذا لم يكن هذا جائزاً للرسول (صلى الله عليه وسلم) فكيف يدعيه لنفسه عالم[2], ثم أن الرسول صلى الله عليه وسلم استنكر على الصحابة الذين غابوا عنه استحسانهم , ومن ذلك استنكاره (صلى الله عليه وسلم) على أسامة (رضي الله عنه) عندما قتل رجلاً قال لا إله إلاّ الله , لأنه قالها تحت حر السيف , فلو كان الاستحسان جائزاً ما استنكر عملهم[3].

---

([1]) الأم: 7|271, و الرسالة: 20.

([2]) الأم: 7|271.

([3]) المصدر نفسه: 7|266, أخرجه مسلم بعدة روايات منها: عن أبي ظبيان قال "سمعت أسامة بن زيد بن حارثة يحدث قال: بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الحرقة من جهينة فصبحنا القوم فهزمنا هم ولحقت أنا ورجل من الأنصار رجلاً منهم فلما غشيناه قال: لا اله إلا الله فكف عنه الأنصاري وطعنته برمحي حتى قتلته قال فلما قدمنا بلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال لي يا أسامة: أقتلته بعدما قال لا إله إلاّ الله؟ قال قلت يا رسول الله إنما كان متعوذاً , قال : فقال : أقتلته بعدما قال لا إله إلاّ الله , قال فما زال يكررها علي حتى تمنيت أني لم أكن أسلمت قبل ذلك اليوم "أنظر صحيح مسلم: 1|68.

**الدليل الرابع**

قال: الاجتهاد لا يكون إلاّ على مطلوب , والمطلوب لا يكون أبداً إلاّ على عين قائمة تطلب بدلالة يقصد إليها أو تشبيه على عين قائمة, وهذا يبين انه حرام على أحد أن يقول بالاستحسان إذا خالف الاستحسان الخبر, و الخبر من الكتاب والسنة عين يتوخى معناها المجتهد فيصيبه كالبيت يتوخاه من غاب ليصيبه أو قصده بالقياس وإن ليس لأحد أن يقول إلاّ من جهة الاجتهاد , والاجتهاد ما وصفت من طلب الحق فهل يجوز أن يقول رجل استحسن بغير قياس؟[1]

**الدليل الخامس**

قال: لو جاز للمجتهد أن يستحسن من غير خبر لازم من كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا قياس على واحد منها لجاز لأهل العقول الراجحة ممن ليس لديهم علم بأصول الشريعة وقواعد الاستنباط فيها أن يستحسنوا مادام يرجع الاستحسان إلى ما يميل إليه الإنسان بطبعه ويستحسنه بعقله . مع أن الإجماع قائم على أنه لا يجوز لأحد أن يقول في الشرع اجتهاداً إلاّ إذا كان على علم بالأصول من الكتاب والسنة والإجماع والقياس.

يقول الإمام الشافعي ما نصه:

من إستجاز أن يحكم أو يفتي بلا خبر لازم ولا قياس عليه كان محجوجاً بأن معنى قوله : افعل ما هويت وإن لم أومر به مخالف معنى الكتاب والسنة , فكان محجوجاً على لسانه , ومعنى ما لم أعلم فيه مخالفا, فإن قيل: فما هو؟ قيل.

---

([1]) الرسالة: 503-504.

لا أعلم أحداً من أهل العلم رخص لأحد من أهل العقول والآداب في أن يفتي ولا يحكم برأي نفسه إذا لم يكن عالما بالذي تدور عليه أمور القياس في الكتاب و السنة والإجماع و العقل لتفصيل المشتبه , فإن زعموا هذا قيل لهم: ولم يجز لأهل العقول التي تفوق كثيرا بعقول أهل العلم بالقرآن والسنة والفتيا أن يقولوا فيما قد نزل مما يعلمونه معا إن ليس فيه كتاب ولا سنة ولا إجماع وهم أوفر عقولاً وأحسن إبانة لما قالوا من عامتكم , إن قلتم لأنهم لا علم لهم بالأصول , قيل لكم: فما حجتكم في علمكم بالأصول إذا قلتم (بلا أصل ولا قياس على أصل)؟ هل خفتم على أهل العقول الجهلة بالأصول أكثر من أنهم لا يعرفون الأصول فلا يحسنون أن يقيسوا بما لا يعرفون؟ وهل أكسبكم علمكم بالأصول القياس عليها أو جاز لكم تركها؟ فإذا جاز لكم تركها؟ جاز لهم القول معكم لأن أكثر ما يخاف عليهم ترك القياس عليها أو الخطأ , ثم لا أعلمهم إلاّ أحمد على الصواب أن قالوا (على غير مثال منكم) لو كان أحد يحمد أن يقول على غير مثال , لأنهم لم يعرفوا مثالا تركوه , واعذر بالخطأ منكم وهم أخطأوا فيما لا يعلمون, ولا أعلمكم إلاّ أعظم وزرا منهم إذ تركتم ما تعرفون من القياس على الأصول التي تجهلون , فإن قلتم:

فنحن تركنا القياس على غير جهالة بالأصل, قيل فإن كان القياس حقا فإنتم خالفتم الحق عالمين به , وفي ذلك من المآثم ما أن جهلتموه لم تستأهلوا ان تقولوا في العلم, وإن زعمتم أن لكم ترك القياس والقول بما سنح في أوهامكم وحضر في أذهانكم, واستحسنته مسامعكم حججتم بما

وصفنا في القرآن ثم السنة وما يدل عليه الإجماع من أن ليس لأحد أن يقول إلاّ بعلم"[1].

وقال في الرسالة:

"لو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول من غير أهل العلم أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرهم من الاستحسان"[2].

**الدليل السادس**

قال: "لو جاز للحاكم والمفتي أن يحكم أو يفتي فيما ليس فيه نص خبر ولا قياس بالاستحسان , فلا بد أن يزعم جائزا لغيره أن يستحسن خلافه , فيقول: كل حاكم في بلد ومفتٍ بما يستحسن , فيقال في الشيء الواحد بضروب من الحكم والفتيا فإن كان هذا جائزاً عندهم فقد أهملوا أنفسهم فحكموا حيث شاؤوا , وإن كان ضيقاً فلا يجوز أن يدخلوا فيه", وأضاف:

"وإن قال الذي يرى منهم ترك القياس: بل على الناس إتباع ما قلت: قيل له: من أمر بطاعتك حتى يكون على الناس إتباعك؟ أو رأيت أن ادعى عليك غيرك هذا أتطيعه أم تقول : لا أطيع إلاّ من أمرت بطاعته , فكذلك لا طاعة لك على أحد , وإنما الطاعة لمن أمر الله أو رسوله بطاعته والحق فيما أمر الله و رسوله بإتباعه ودلّ الله ورسوله عليه نصاً (أو استنباطاً بدلائل)"[3].

**(تعقيب):**

---

(1) الأم : 7|273.
(2) أنظره : 505.
(3) الأم: 7|273-274.

الأدلة ذاتها ناطقة بحقيقة مراد الإمام الشافعي من الاستحسان فعباراته صريحة بأن الاستحسان قول بما سنح في الأوهام وحضر في الأذهان واستحسنته المسامع , وإنه قول لا دليل عليه من كتاب أو سنة أو إجماع ولا يدخل ضمن قياس مستنبط على أصل من تلك الأصول, فهو بذلك إحداث لحكم على غير مثال سبق, فالحكم المستحسن حكم وضعي مبني على التلذذ والذوق , والمسلم مأمور بإتباع حكم الله ورسوله أو مقيس على حكم الله ورسوله وما أمر بإتباع الهوى والتلذذ.

فهذه الأمور كلها واضحة في كلام الإمام الشافعي.

ومما ينبغي التنبيه عليه في أدلة الإمام الشافعي أمور ثلاثة وهي:

**أولاً**. إن الإمام الشافعي أكد في أكثر من موضع أن الأصول من الكتاب والسنة والإجماع والاقيسة المستنبطة من تلك الأصول شاملة للوقائع, وأنه لا توجد مصلحة من المصالح إلاّ وتندرج ضمن تلك الأصول , إن لم يكن بالنص فمن حيث الجملة, وهو يريد بـ (الجملة) أو (الاستدلال): القياس.

**ثانياً**. وهذا مكمل للأول : إن الحكم المستحسن لا يندرج ضمن أصل من الأصول الثلاثة الكتاب والسنة والإجماع ولا الأقيسة المستنبطة من تلك الأصول.

**ثالثاً**. ذُكر أن النبي صلى الله عليه وسلم استنكر على بعض الصحابة فتاواهم باستحسانهم , ومن ضمن الأمثلة التي أوردها: استنكاره (صلى الله عليه وسلم) على أسامة بن زيد رضي الله عنهما قتله رجلاً نطق بالشهادة تحت حد السيف . ومن تلك الأمثلة: إنكاره

(صلى الله عليه وسلم) على بعض الصحابة حرقهم لمشرك لاذ بشجرة.

يستنتج من الأمر الأول والثاني : أن الإمام الشافعي لا يقر وجود مصلحة خالية عن الشاهد الشرعي , أو بعبارة أخرى : أن النصوص قد وسعت كل المصالح , إما بأعيانها أو من حيث الجملة , والثاني يدرك عن طريق الاستدلال والذي يندرج عنده ضمن القياس على ما أبين لاحقاً .

وإذا عرفنا هذا وعرفنا بالمقابل انه يقصد بالاستحسان الذي رفضه , ما كان خارجاً عن نطاق القياس الذي هو بهذا القدر من التوسع. تبين: أن المصلحة المستحسن من أجلها: مصلحة لم يظهر اعتبارها شرعاً بوجه من الوجوه, وتسمى مثل هذه (المصلحة) بـ (الغريب المرسل), وما دامت الأصول والاقيسة المستنبطة منها قد غطت جمع المصالح , والمصلحة المستحسن بها خارجة عن تلك المصالح , فإن ذلك يعني أن هذه المصلحة (غير ملائمة) لمقاصد الشارع , بل يمكن وصفها بأنها مصلحة هي أقرب إلى المصلحة الملغية منها إلى المصلحة المعتبرة , لأنها لا بد من أن تلقى في أقل الأحوال قياساً معارضاً إن لم تعارض نصاً بعينه.

وهنا يرد موقع الأمر الثالث السالف الذكر وفيه الإشارة إلى ما يراد بعدم الملائمة المذكورة , فالقتل و الحرق في الموضوعين المذكورين لا يلائمان مقاصد الشارع بل ويمكن عدّهما مصلحتين ملغيتين – إن جاز

وصفهما بالمصلحة – والدليل على ذلك عدم تقريره (صلى الله عليه وسلم) لهما.

ومن جانب آخر ، ثبت أن الإمام الشافعي استحسن في مواضع عدة, وصرح فيها باسم الاستحسان. وعليه: فإننا إذا قارننا بين قوله بالاستحسان في مواضع عدة , وبين رفضه للاستحسان وبتلك الشدة يتخرج القول:

بأن الإمام الشافعي يطلق عبارة الاستحسان و يريد بها: ما يستحسنه العقل. وان موقفه من ذلك الاستحسان تحدده: المصلحة المستحسن من اجلها, فإذا كانت ملائمة لأصل أو أصول كلية قبل ذلك الاستحسان لأنه حينئذ عمل بالقياس بمعناه الواسع . وأما إذا لم تكن ملائمة رد الاستحسان القائم على رعايتها وعد القائل به واضعاً للشرع بالرأي .

أقول: والاستحسان الأول: هو المراد بالمرسل الملائم (المصلحة الملائمة) والثاني هو المراد بالغريب المرسل , أي المرسل غير الملائم (مصلحة غير ملائمة).

وأما بخصوص علاقة الاستحسان الذي رفضه الإمام الشافعي بترك القياس فإن من الممكن القول بأن هذا الاستحسان لا يتصور وروده بدون معارض من أصل أو قياس , فما دام الإمام الشافعي يرى أن الأصول من الكتاب والسنة والإجماع والاقيسة المستنبطة منها قد غطت جميع المصالح , وإن ذلك الاستحسان خارج عن نطاق تلك الأصول والاقيسة فإن ذلك يعني: أن تلك المصلحة متضمنة لمفسدة. وإلاّ كانت

معتبرة إما بالنص أو من حيث الجملة (القياس): وكما أن الأصول المشار إليها غطت المصالح نصاً أو جملة , فإن الأصول ذاتها قد غطت المفاسد بالمقابل نصا أو جملة[1]. ومن هنا فإن تلك المصلحة غير الملائمة هي في حقيقتها مصلحة ملغية , أو شبه ملغية , ومن هنا فإن بعض الأصوليين أطلقوا على (الغريب المرسل), المرسل غير معلوم الإلغاء.

فإن قيل: إن مقتضى ما تقدم هو كون الاستحسان الذي قال به الأئمة ومن ضمنهم الإمام الشافعي عملا بمصلحة ملغية مادام تركا للقياس .

فالجواب: إن الفارق كبير لأن الاستحسان المقبول ليس خارجا عن القياس فهو وإن كان تركاً لقياس على أصل لكنه عدول إلى العمل بالقياس على أصول أخر, وبالتالي هو عدول إلى قياس أقوى فضلاً على أن القياس المعدول إليه أكثر تحقيقاً للمصلحة , وقد سبق أن التأثير – الذي هو مدار ترجيح احد القياسين على الآخر على ما ذكره الحنفية – يعني: الترجيح بكثرة الأصول , و بقوة المصلحة , وحاصل الكلام:
إن الاستحسان الذي رفضه الإمام الشافعي هو: ترجيح مصلحة غريبة غير ملائمة لما علم من قصد الشارع الحكيم , وشتان بين هذا بين الاستحسان الذي عمل به الأئمة ومن ضمنهم الإمام الشافعي.

---

(1) جاء في المنخول: ان الاستدلال المرسل في الشرع لا يتصور حتى يتكلم فيه بنفي أو إثبات... الة ان قال... ان كل مصلحة لابد وان تشهد الأصول لردها أو قبولها, فأما تقدير جريانها مهملاً غفلاً لا يلاحظ أصلاً فمحال تخيله , انظر: ص359–360.

فهذه خلاصة لما أراه من مراد الإمام الشافعي بالاستحسان الذي عده تلذذاً وقولاً بالهوى , وقد استقيتها من أدلته ومما قاله في القياس ومن ضمنه (المصلحة المرسلة). وكذا مما قاله بعض الأصوليين على ما أذكر لاحقاً .

وبغية توكيد أو توضيح ما تقدم أذكر في الفرع الآتي الشواهد التي استخلصت منها النتيجة المذكورة و سيظهر من خلالها أمور أخرى لم أر حاجة إلى الإشارة إليها هنا ضمن هذه الخلاصة .

## الفرع الثاني

## شواهد تدل على أن الاستحسان الذي عناه الإمام الشافعي بالإبطال

إنما هو: غريب المرسل

ويتضح ذلك من خلال بيان الأمور الآتية:

أولاً. حقيقة القياس في نظر الإمام الشافعي .

ثانياً. موقف الإمام الشافعي من المصلحة المرسلة .

ثالثاً. نصوص تؤيد أن الغريب المرسل هو المراد بالاستحسان الذي رفضه الإمام الشافعي.

رابعاً. معنى (غريب المرسل).

وسأفرد لكل واحد من ذلك فقرة مستقلة , لذلك فإن هذا الفرع يتضمن أربع فقرات.

**<u>الفقرة الأولى</u>**

حقيقة القياس في نظر الإمام الشافعي

أحسن طريق للوصول إلى معرفة مراد الإمام الشافعي بالقياس ما قاله هو بشأنه ومن هنا فإني أورد نصوصاً من كلامه:

- لم يفرق الإمام الشافعي بين القياس و الاجتهاد فقال:

"فما القياس؟ أهو الاجتهاد أم هما مفترقان؟ قلت: هما اسمان لمعنى واحد قال: وما جماعهما؟ قلت- والكلام للإمام الشافعي-: كل ما نزل بمسلم ففيه حكم لازم أو على سبيل الحق فيه دلالة موجودة وعليه اذا كان فيه بعينه حكم إتباعه وإذا لم يكن فيه بعينه طلب الدلالة على سبل الحق فيه بالاجتهاد و الاجتهاد قياس"[1].

- قال الإمام الشافعي كل ما كان في معنى الحلال فهو حلال وكل ما كان في معنى الحرام فهو حرام , وإن هذا قياس , ثم قال ما نصه:

"وقد يمتنع بعض أهل العلم من أن يسمى هذا قياساً ويقول: هذا معنى ما أحل الله وحرم وحمد وذم لأنه داخل ف جملة فهو هو بعينة لا قياس على غيره , ويقول مثل هذا القول في غير هذا مما كان في معنى الحلال فأحل والحرام فحرم "ثم قال:"

"ويمتنع –أي بعض أهل العلم- أن يسمى القياس إلاّ ما كان يحتمل أن يشبه ما احتمل أن يكون فيه شبها من معنيين مختلفين فصرفه إلى أن يقيسه على أحدهما دون الآخر , ويقول غيرهم – من أهل العلم –

---

([1]) الرسالة: 515-516 فقرات: 1492-1495, و الرسالة مع الام: 1|66.

وهو موقف الإمام الشافعي-: ماعدا النص من الكتاب والسنة وكان في معناه وهو قياس"[1].

- ذهب إمام الحرمين إلى القول بالمصلحة بشرط قربها من معاني الأصول التي أشار الشارع إلى اعتبارها وقال ما نصه[2]:

"هذا بحر الكلام فقد ثبتت أصول معللة اتفق القائسون على عللها فقال الشافعي:

اتخذ تلك العلل معتصمي و أجعل الاستدلالات قريبة منها وإن لم تكن أعيانها حتى كأنها مثلاً أصول والاستدلال مقيد بها, واعتبار المعني بالمعني تقريباً أولى من اعتبار صورة بصورة بمعنى جامع. فإن متعلق الخصم من صورة الأصل معناها لا حكمها , فإذا قرب معنى المجتهد والمستدل فيما يجتهد إلى الشرع (ولم يرده أصل) كان استدلالاً مقبولا".

- قال في الرسالة[3]: "والقياس من وجهين:

**أحدهما:** أن يكون الشيء في معنى الأصل فلا يختلف القياس فيه.

**الثاني** : أن يكون الشيء له في الأصول أشباه فذلك يلحق بأولاها به وأكثر شبهاً فيه وقد يخالف القائسون فيه"

وما ذكره الإمام الشافعي في الوجه الثاني هو نفس ما قاله الحنيفة في الاستحسان بالقياس الخفي ، وكذا اللخمي من المالكية,

---

(1) الرسالة مع الأم: 1|71.

(2) البرهان: فقرة 1142.

(3) فقرة: 1334, ومع الام: 1|66.

والقاضي أبو يعلي من الحنابلة[1].

والذي يظهر بوضوح من النصوص المذكورة أمران وطيداً الصلة بعضهما ببعض:

**أولهما:** أن المعنى هو المنظور إليه بالدرجة الأساس في كل من المقيس والمقيس عليه.

**الثاني:** أن الاستدلال بمعاني النصوص قياس.

وقد عرف إمام الحرمين الاستدلال بأنه عبارة عن:

"تعليق حكم بمعنى خفي مشعر بالحكم مناسب له يقتضيه الفكر العقلي من غير وجدان أصل متفق عليه و التعليل المنصوب جار فيه"[2].

وهذا الاستدلال الذي هو المعني الخفي, هو نفس ما عناه بعض الحنيفة بتعريفهم للاستحسان بأنه: "تعليق للحكم بالمعنى الخفي".

وهو الذي قال عنه السرخسي:

"الاستحسان في الحقيقة قياسان: أحدهما جلي ضعيف أثره فسميّ قياساً , والثاني (خفي) قوي أثره فسمي استحساناً أي قياساً مستحسناً"[3].

فهذه نماذج من صريح كلام الإمام الشافعي نقلتها كما هي وكلها تؤكد إن القياس في نظر الإمام الشافعي لا يقف عند ما يسمى بالأصل المعين فكل ما يفهم ويستنبط من كتاب الله وسنة رسوله من المعاني يعدّ قياساً في نظره , وقوله: (الاجتهاد قياس) يغني عن التفصيل.

---

(1) تعريف الجصاص من الحنفية واللخمي من المالكية للاستحسان, وانظر النوع الرابع الذي ذكره القاضي أبي يعلي في أنواع الاستحسان ص 373

(2) البرهان فقرة: 1127.

(3) المبسوط: 10|145.

**الفقرة الثانية**

موقف الإمام الشافعي من المصلحة المرسلة

إن مجرد المقارنة بين ما سلف ذكره من كلام بشأن المراد بالمصلحة المرسلة وبين كلام الإمام الشافعي المذكور آنفاً بشأن حقيقة القياس في نظره , يوصلنا إلى نتيجة هي : إن ما تعارف عليه جمهور الأصوليين بإطلاق اسم المصلحة المرسلة عليه هو بعينه قياس في نظر الإمام الشافعي , وهذا يعني بالضرورة احتجاج الإمام الشافعي بالمصلحة المرسلة , ومع ذلك فإني اذكر ما نقله عنه علماء مذهبه بهذا الخصوص .

نقل عن الإمام الشافعي مذاهب ثلاثة بشأن أخذه بالمصلحة المرسلة وعدم أخذه بها, اذكرها فيما يأتي مع الإشارة إلى موقف غيره من الأصوليين, والمذاهب هي[1]:

**المذهب الأول**

منع التمسك بها, والاقتصار على إتباع كل معنى له أصل.

قال الزركشي: حكاه ابن برهان عن الشافعي:

أقول: كلام الإمام الشافعي في القياس لا يؤيد ذلك , ثم أن إمام الحرمين نقل هذا المذهب دون أن ينسبه إلى الإمام الشافعي, بل نسبه إلى القاضي أبي بكر الباقلاني وجماعة من متكلمي الشافعية.

**المذهب الثاني**

---

([1]) المذاهب الثلاثة : البرهان فقرة :1131, والبحر المحيط : 6|76 , وإرشاد الفحول: 242 .

جواز إتباع وجوه الاستصلاح والإستصواب قربت من موارد النص أو بعدت "إذا لم يصد عنها أصل" من الأصول الثلاثة: الكتاب والسنة والإجماع".

قال الزركشى: حكاه البعض قولا قديماً للإمام الشافعي.

أقول: نسب إمام الحرمين هذا المذهب إلى الإمام مالك.

**المذهب الثالث**

إذا كانت المصلحة ملائمة لأصل كلي من أصول الشرع أو لأصل جزئي جاز بناء الأحكام عليها.

قال الزركشي: نسبه ابن برهان في الوجيز للشافعي وقال انه الحق المختار.

أقول: وهذا هو المذهب الذي نسبه إمام الحرمين إلى الإمام الشافعي ومعظم أصحاب أبي حنيفة . فقال:

"إن الإمام الشافعي ومعظم أصحاب أبي حنيفة يرون التمسك بالمعنى وإن لم يستند إلى أصل , على شرط قربه من معاني الأصول الثابتة"[1].

وذكر الزنجاني أن الإمام الشافعي ذهب إلى أن التمسك بالمصالح المستندة إلى كلي الشرع , وإن لم تكن مستندة إلى الجزئيات الخاصة المعينة جائز , وذكر بعض الأمثلة على ذلك ثم قال واحتج الشافعي في ذلك:

---

([1]) المصادر السابقة, و التقرير و التحبير: 3|150, 151, 156, و فواتح الرحموت والمسلم: 2|266 وفيه : أن جمهور الحنيفة قالوا بالمرسل الملائم.

"بأن الوقائع الجزئية لا نهاية لها وكذلك أحكام الوقائع لا حصر لها, والأصول الجزئية التي تقتبس منها المعاني والعلل محصورة متناهية , والمتناهي لا يفي بغير المتناهي , فلابد إذن من طريق آخر يتوصل بها إلى إثبات الأحكام الجزئية وهي التمسك بالمصالح المستندة إلى أوضاع الشرع ومقاصده على نحو كلي وإن لم يستند إلى أصل جزئي"[1].

وتجدر الإشارة إلى أن الغزالي عرف الاستدلال المرسل بأنه عبارة عن: التعليق بمجرد المصلحة من غير استشهاد بأصل معين. ثم قال:

فالمنقول عن مالك رحمه الله الحكم بالمصالح المرسلة ونقل عن الشافعي فيه تردد[2] لكن الزركشي نقل عن البغدادي في (جنة المناظر) قوله:

"لا تظهر مخالفة الشافعي لمالك في المصالح, فإن مالكاً يقول: أن المجتهد إذا استقرأ موارد الشرع ومصادره أفضى نظره إلى العلم برعاية المصالح في جزيئاتها وكلياتها , وأن لا مصلحة ألاّ وهي معتبرة في جنسها , لكنه استثنى من هذه القاعدة كل مصلحة صادمها أصل من أصول الشريعة , قال: وما حكاه أصحاب الشافعي عنه لا يعدو هذه المقالة".

**(تعقيب):**

اضطرب كلام الأصوليين بشأن المصلحة المرسلة ونقولاتهم عن بعضهم بشأن قبولها أو رفضها, ويعود ذلك الاضطراب على ما يبدو إلى

---

([1]) تخريج الفروع على الأصول: 169-171.

([2]) شفاء العليل: 207.

حقيقة المراد (بالإرسال) في المصلحة المرسلة , هل يراد به نفي الدليل البتة؟ وهو ما يسمى بالغريب المرسل أم يراد به نفي الأصل المعين والشاهد الخاص؟ وهو المسمى بالمرسل الملائم فمن قصد بالإرسال: الأول رفضها , ومن قصد الثاني قبلها.

فقد نقل ابن الحاجب وابن الهمام الاتفاق على رفض الغريب المرسل[1], ونص القرافي على أن الجميع قالوا بالثاني[2].

بل أن بعضاً من كبار علماء الشافعية نفوا وجود ما يسمى بالاستدلال المرسل (المرسل الملائم), جاء في المنخول:

"والصحيح أن الاستدلال المرسل في الشرع لا يتصور حتى نتكلم فيه بنفي أو إثبات إذ الوقائع لا حصر لها وكذا المصالح وما من مسألة تعرض إلاّ وفي الشرع دليل عليها إما بالقبول أو الرد , فإننا نعتقد استحالة خلو واقعة عن حكم الله"[3]. أقول وهذا تفسير واضح لما تقدم من قول الإمام الشافعي:

"ليس تنزل بأحد نازلة إلاّ والكتاب يدل عليها نصاً أو جملة".

ومن هنا فإني أرى أن (الأصل) المراد في المذهب الأول هو الأصل الكلي لا الأصل المعين.

---

(1) منتهى الوصول: 183, والتقرير والتحبير: 3|151.

(2) الذخيرة: 1|144, وشرح تنقيح الفصول: 394 ورد في الأول: "وأما المصلحة المرسلة فغيرنا يصرح بإنكارها و لكنهم عند التفريع تجدهم يعللون بمطلق المصلحة ولا يطالبون أنفسهم عند الفروق و الجوامع بإبداء الشاهد لها بالاعتبار, بل يعتمدون على مجرد المناسبة وهذا هو المصلحة المرسلة".

(3) أنظره: 359.

وأما بشأن التردد الذي نسبه الغزالي إلى الإمام الشافعي فالظاهر أنه يريد به ترك القياس بالمرسل الملائم لا القول به ومما يؤيد ذلك أن الزركشي بعد أن نقل المذاهب المذكورة قال:

وحيث اعتبرت المصالح عندنا بهذا المعنى[1] فذاك حيث لم يعارضها قياس فإذا عارضها قياس تخرج للإمام الشافعي فيها قولان خرجهما أصحابه من بعض المسائل, وفيما يأتي مسألتان ذكرهما الزركشي:

**المسألة الأولى**

"إذا وقع في الماء القليل مالا نفس له سائلة".

فإن الإمام الشافعي ذهب في قول له إلى تنجسه , وإلى عدم تنجسه في قول آخر. ونقل الزركشي عن بعض الشافعية قولهم:

"إن القول الأول هو القياس , والثاني هو الأصلح للناس".

**المسألة الثانية**

نقل الزركشي عن الشيخ أبي محمد الجويني أنه:

إذا تاجر العامل بغير إذن المالك أو اشترى بغير المال وربح فوجهان: **أحدهما:** أن تلك العقود باطلة.

**الثاني:** أن المالك مخير بين إجازة العقود وبين فسخها, ثم قال: والقياس مع القول الأول ، والمصلحة في الثاني[2].

---

([1]) وهو يقصد المذهب الثالث.

([2]) البحر المحيط: 6|81.

والذي أراه أن هذا التردد بحد ذاته دليل على أن الإمام الشافعي لم يقصد بالاستحسان الذي رفضه المرسل الملائم أو ترك القياس بالمرسل الملائم ، ولعل هذا التردد المنقول عن الإمام الشافعي هو الذي حدا ببعض العلماء كالطبري إلى تحديد محل الخلاف في الاستحسان: بالمخالف منه للقياس, على ما سبق بيانه.

<u>الفقرة الثالثة</u>

**نصوص تؤيد أن غريب المرسل هو المقصود بالاستحسان المرفوض من قبل الإمام الشافعي**

إن أدلة الإمام الشافعي تكاد تكون قاطعة في أن الاستحسان الذي شع على القائل به هو غريب المرسل لا المرسل الملائم , ومع ذلك فإني أورد فيما يأتي تقسيما ذكره الغزالي للمناسب , أراه مؤكداً لما تمّ تحديده من مراد الإمام الشافعي بالاستحسان الذي رفضه:

قسم الغزالي الوصف المناسب باعتبار الملائمة وشهادة الأصل المعين على أربعة أقسام هي(1):

**<u>القسم الأول</u>:** مناسب ملائم يشهد له أصل معين , قال: ويقبل قطعاً عند القائسين.

**<u>القسم الثاني</u>:** مناسب لا يلائم ولا يشهد له أصل معين, قال: فلا يقبل عند القائسين قطعاً , فإنه استحسان ووضع للشرع بالرأي, ومثاله : حرمان القاتل (لو لم يرد فيه نص) لمعارضته بنقيض المقصود , فهذا وضع للشرع بالرأي.

---

(1) المستصفي:1|305.

**القسم الثالث:** مناسب يشهد له أصل معين لكنه لا يلائم, قال: وهو في محل الاجتهاد.

**القسم الرابع:** ملائم لا يشهد له أصل معين وهو الاستدلال المرسل, قال: وهو أيضاً في محل الاجتهاد.

وواضح هنا أن رفض (المرسل) ليس لإرسالة عن شهادة الأصل المعين بل لعدم وملائمته لمقاصد الشارع , ومما يوضح هذا أكثر ويؤيد أن مراده بالمرسل غير الملائم هو غريب المرسل انه نص في موقع آخر على أن الاستحسان : هو عمل بمصلحة غريبة لا تلائم مقاصد الشارع[1].

وواضح من هذا التقسيم أن (الإرسال) ليس السبب في قبول مصلحة أوردها بل القبول والرد هو بالنظر إلى ملائمة تلك (المصلحة) وعدم ملاءمتها لمقاصد الشارع , والغزالي في تقسيمه أطلق الاستحسان على المرسل غير الملائم والذي هو غريب المرسل.

وبعد هذا يمكن القول بأن : بناء الحكم على مصلحة لا يشهد لها أصل معين: استحسان في نظر الإمام الشافعي لما للعقل من موقع في إثبات ذلك الحكم , لكن هذه المصلحة تعرض على ما علم من قصد الشارع من حيث الجملة في الأصول فإذا لائمته كان الاستحسان مقبولاً وإن لم تلائمه كان استحساناً مرفوضاً ووضعاً للشرع بالرأي .

على أن الملائمة المذكورة قياس في نظر الإمام الشافعي لأن القياس في نظره عبارة عن اعتبار معاني النصوص. أو بعبارة أخرى: أن

---

([1]) المصدر نفسه: 1|310.

المسائل المنصوص عليها في كتاب الله تعالى وسنة نبيه (صلى الله عليه وسلم) والمتضمنة لتلك المعاني تجعل أصولا تقاس عليها تلك المصلحة.

ولا يخفي مما تقدم أن عدم الملائمة يعني الخروج عن القياس, والخروج عن القياس الذي هو بمثل ذلك الشمول و التوسع يعني الخروج عن الشرع.

وبعد هذا أفسر حقيقة هذا الخروج بذكر ما يراد بـــ (غريب المرسل).

**<u>الفقرة الرابعة</u>**

معنى غريب المرسل

سبقت الإشارة إلى المقصود من غريب المرسل أثناء الكلام على المراد بالمصلحة المرسلة وارى من المناسب هنا أن أوضحه بتفصيل أكثر , إذ أن أهمية ذلك هنا مما لا تخفي .

المصلحة قد تكون معتبرة بالنص , أو بالإجماع , أو بترتب الحكم على وفقها دون التنصيص عليها أو الإيماء إليها , وذلك بأن يظهر – بنص أو إجماع– اعتبار نوعها في نوع الحكم المطلوب بالقياس أو نوعها في جنس الحكم , أو جنسها في نوع الحكم أو جنسها في جنس الحكم , ولقد سبق بيان اختلاف العلماء في تسمية هذه الأقسام[1], وتبين أن الحنفية يسمون الوصف المعتبر في الأقسام الأربعة بالمناسب المؤثر , ومع ذلك فإنهم يذكرون قسماً خامساً سموه بالمناسب الملائم, ويريدون به: ملائمة الوصف المراد جعله علة للعلل المنقولة عن الرسول (صلى الله

---

([1]) الأقسام الأربعة وأمثلتها الفصل الرابع من الباب الأول , المطلب الخاص ببيان المراد بالمصلحة المرسلة .

عليه وسلم) والسلف من الصحابة والتابعين قالوا: بأن يكون التعليل بذلك الوصف (المصلحة) موافقا لطريقتهم في التعليل, وقد سمى بعضهم هذه الملائمة بالتأثير أيضاً , وبعضهم بالمناسبة المشروطة[1].

والاستدلال بهذه الملائمة نفسها نقله أبن السبكي عن الإمام مالك[2], ونقل البعض قريباً من ذلك عن إمام الحرمين[3].

ومما ينبغي التنبيه عليه هنا أن صدر الشريعة والتفتازاني وملا خسرو من الحنفية نصّوا على أن المعتبر في (الملائمة): الجنس البعيد[4], أي وكأن هذه الملائمة نوع ثان من القسم الرابع للتأثير, على اعتبار أن المنظور إليه في النوع الأول من تأثير الجنس في الجنس هو الجنس القريب على ما نصّ عليه صدر الشريعة[5].

ويقول الغزالي في تأثير الجنس في الجنس:

"إن الجنس الأعم للمعاني: كونها مصلحة , والمناسب مصلحة, وقد ظهر أثر المصالح في الأحكام ، إذ عهد من الشرع الإلتفات إلى المصالح فلأجل هذا الاستمداد العام من الملاحظة الشرع جنس المصالح اقتضي ظهور المناسبة تحريك الظن, ولأجل شمة من الالتفات إلى عادة

(1) التوضيح : 2|69-71, و مرآة الأصول: وقد وصف التفتازاني هذه الملائمة: بأن يكون الوصف –أي الملائم- على منهاج المصالح.
(2) الإبهاج: 2|187-188.
(3) إرشاد الفحول: 215.
(4) التوضيح والتلويح ومرآة الأصول: الإشارات نفسها.
(5) التوضيح: 2|71.

الشرع أيضاً أفاد الشبه الظن لأنه عبارة عن أنواع من الصفات عهد من الشرع ضبط الأحكام بجنسها"[1].

ثم بعد هذه الأقسام وعلى التفصيل المذكور ذكر الأصوليون قسما آخر سموه المناسب المرسل. ولقد اضطرب كلامهم فيه غاية الاضطراب, مآله في حقيقة الأمر إلى أنه مصلحة لم يظهر الاعتبار الشرعي لنوعها بل لجنسها البعيد[2] والذي هو القسم الرابع للتأثير , أو النوع الثاني منه على وجه التحديد .

والذي يبدو لي أن الغزالي لما رأى تأثير الجنس في الجنس على التوسع الذي نص عليه ورأى أن هنالك ما يسمى بالمناسب المرسل أوصل به ظنه إلى تفسير للمصلحة المرسلة لم يقل به غيره , وهو ما ذكره في مسألة التترس المشهورة , ومن ثم اشترط لجواز العمل بها أن تكون ضرورية قطعية كلية , وتابعه على ذلك كثير من العلماء وخلاصة تلك المسألة , لو تترس الكفار بجماعة من أساري المسلمين بحيث لو كففنا عنهم لصدمونا وغلبوا على دار الإسلام وقتلوا كافة المسلمين , ولو رمينا الترس لقتلنا مسلماً معصوماً لم يذنب ذنباً فالمصلحة الضرورية فيه هي : حفظ جميع المسلمين عند الإمكان أو أكثرهم عند عدم التمكن من حفظ الجميع , ثم قال : فهذا مثال مصلحة غير مأخوذة بطريق القياس

---

([1]) المستصفي: 2|320, ويقول ابن الهمام عن المرسل: انه تعليل بمصالح خاصة ابتداء اعتبرت في جنس الحكم الذي يراد إثباته أو جنسها , أنظر التقرير والتحبير: 3|156.
([2]) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية: 217.

على أصل معين وانقدح اعتبارها باعتبار ثلاثة أوصاف: أنها ضرورية قطعية كلية"[1].

ولا أرى الإطالة ببيان عدم كون المصلحة المرسلة كذلك مادام المحقق ابن السبكي لا يعد هذا المثال من المناسب المرسل[2], ومثل هذا يفهم من كلام التفتازاني و بعض الباحثين المعاصرين ، بل أن الغزالي بعد كلام طويل نبه على أن هذه المسألة مثال لتعارض مصلحتين[3]. والحق الذي يجب أن يقال هو :

إننا إذا وسعنا نطاق الاعتبار إلى اعتبار الجنس في الجنس لاسيما على النحو الذي تقدم فلا وجه لاستحداث قسم آخر من المناسب والذي هو المرسل , اللهم إلاّ إذا كان المراد به الإشارة إلى التمييز بينه وبين القياس (المصطلح عليه) على اعتبار أن الأخير شهد له أصل خاص[4]. وقد صرح الغزالي بهذا ولا يتصور وجود مخالف له في ذلك. وإذا ثبت أن كل ما تقدم مندرج ضمن القياس الذي عناه الإمام الشافعي وثبت أن الاستحسان الذي رفضه هو خارج عن نطاق القياس وثبت المراد بالإرسال هو انتفاء الشواهد الخاصة ، تبين أن الاستحسان الذي أنكره الإمام الشافعي هو عمل بمصلحة غريبة غير ملائمة لمقاصد الشارع والتي تسمى في اصطلاح الأصوليين بـ (غريب المرسل) والذي قال ابن الهمام أنه عبارة عن : (المصلحة) التي لم يظهر اعتبارها شرعا لا

---

([1]) المستصفي: 1|310 وما بعدها, وارشاد الفحول: 242.
([2]) جمع الجوامع بشرح المحلي: 2|284.
([3]) ضوابط المصلحة: 331.
([4]) وقد سبق أن الحنفية يسمون هذا قياساً .

بالنص, ولا بالإجماع, ولا بترتيب الحكم على وفقها بنص أو إجماع بأن , لم يظهر اعتبار نوعها ولا جنسها ومنه – الجنس البعيد – في نوع أو جنس الحكم المطلوب بالقياس[1].

وعرف صاحب المسلم الغريب المرسل بأنه عبارة:

"عما لم يظهر اعتباره شرعا بوجه من الوجوه"[2].

ونحن إذا تأملنا ما قاله الإمام الشافعي في القياس والاستدلال وقارنا بينه وبين ما تقدم من المراد بالغريب المرسل , يتخرج القول بأن المصلحة التي هي علة الاستحسان المرفوض (مصلحة غريبة غير ملائمة لمقاصد الشارع)[3] بل يمكن وصفها بأنها مصلحة شبه ملغية أن لم تكن ملغية قطعاً , وقولي (شبه ملغية) مفهوم من كلام ابن الهمام فقد وصف الغريب المرسل بأنه: (غير معلوم الإلغاء), وكأنه يريد بذلك الإشارة إلى ظن كونه ملغياً[4], وربما أوضح ما تقدم أكثر إذا قلت:

مادام الإمام الشافعي يرى أن المصالح قد احتوتها الأصول والاقيسة المستنبطة منها فإن ما لم يندرج ضمنها يكون ملغيا, وفي أقل الأحوال لابد من أن يلقى قياس معارضاً, ومن هنا فإن الاستحسان الذي رفضه الإمام الشافعي لابد من أن يكون وارداً على خلاف أصل من

---

([1]) التقرير والتحبير: 3|151–152.

([2]) أنظره: 2|270.

([3]) ينظر لما بين القوسين المستصفي: 1|310.

([4]) ولعل الغريب المرسل هو مراد الآمدي بالمصالح المرسلة بدليل نقله اتفاق الشافعية و الحنفية على امتناع التمسك بها, وقد نص ابن الحاجب وابن الهمام على أن الاتفاق إنما هو ف رد الغريب المرسل لا المرسل الملائم, ثم انه ذكر مثال التترس ومن هنا قال كما انه – المناسب المرسل – من جنس المصالح المعتبرة فهو من جنس المصالح الملغاة, انظر: الأحكام: 2|394–395. ومنتهى الوصول: 183, والتقرير والتحبير: 3|152.

الأصول مادام خارجا عنها. وبناء على شمولية القياس المشار إليها في نظر الإمام الشافعي فإن القياس المتروك في الاستحسان الذي قصده: هو قياس حقيقة لا القياس الظاهر المتبادر الذي هو المتروك في استحسان الحنفية ومن وافقهم , واقصد بقولي: القياس حقيقة: القياس الذي وصفه ابن القيم الجوزية بأنه مبنى الشريعة وأساسها بقوله: "فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد وهي عدل كلها , ورحمة كلها , ومصالح كلها , وحكمة كلها فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها , وعن المصلحة إلى المفسدة , وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وان أدخلت فيها بالتأويل"[1].

هذا وقد ذكر علماء الشافعية بشأن الاستحسان الذي أراده الإمام الشافعي ما يؤيد ما تقدم.

قال البدخشي:

"الظاهر أن مراد الشافعي بالاستحسان الذي رده إثبات الحكم بالتشهي من غير دليل شرعي"[2].

ويقول الزركشي:

"الاستحسان الذي أنكره الشافعي هو تغليب ظن من غير أصل"[3].

## الفرع الثالث

---

([1]) أعلام الموقعين: 3|3.

([2]) شرحه على منهاج الوصول: 3|140.

([3]) البحر المحيط: 6|234.

**الخصم الذي تصدي الإمام الشافعي للرد عليه**

الذي يظهر من تتبع كلام كثير من الأصوليين من الشافعية والحنفية وغيرهم أنهم يرون أن استحسان الإمام أبي حنيفة هو المقصود بالأدلة التي ساقها الإمام الشافعي لإبطال القول بالاستحسان[1], غير أن بعضهم رأى أن تلك الأدلة لا ترد حقيقة على استحسان الإمام أبي حنيفة[2], وواضح من كلام بعضهم الآخر أنهم يرون أن هذه الأدلة ترد

---

([1]) كشف الأسرار: 4|3-4.

([2]) ما تقدم من كلام ابن السمعاني وغيره في المطلب الأول .

علـى بعض مسائله التـي استحسن فيها بالقياس الخفـي[1], لكن يفهم من كلام الشاطبي: إن الأدلـة تلك لا ترد علـى استحسان الإمامين أبـي حنيفة ومالك ، بل ليس هو المقصود أساساً بالرد , إذ قال:

"إن استحسان مالك , وأبـي حنيفة غير خـارج عن الأدلـة البتـة, ولا يرد الشافعي مثل هذا أصلاً"[2].

وممـن صـرح مـن الشـافعية بـأن استحسـان الإمـام أبـي حنيفـة هـو المقصـود بكـلام الإمـام الشـافعي: أبـو اسـحق الشـيرازي , والزركشـي , لكـن يظهـر مـن كـلام الشـيرازي انـه يـرى : أن الـذي دفـع الإمـام الشـافعي إلـى استنكار استحسـان الإمـام أبـي حنيفـة هو تعريفه الاستحسـان بأنـه : عبـارة عمـا يستحسـنه المجتهد برأي نفسـه و حديثـه من غير دليل, فبعد أن أورد التعريف المذكور قال:

"إن هـذا التعريـف هـو الـذي يصـح عـن أبـي حنيفـة وإليـه أشـار الشافعي بقوله" من استحسن فقد شرع"[3].

---

([1]) كشـف الأسـرار: 4|4 وفيـه: ان المخـالفين لـم ينكـروا علـى أبـي حنيفـة رحمـه الله , الاستحسان بـالأثر والإجماع والضرورة لان ترك القياس بهذه الدلائل مستحسن بـالأثر والإجماع والضرورة لان ترك القياس بهذه الدلائل مستحسن بالاتفاق وإنما أنكروا عليه الاستحسـان بـالرأي "وإذا قارنـا بـين هـذا وبـين الأنـواع الأربعـة التـي قـال بهـا الجمهـور الأعظم من الحنفية ومنهم عبدالعزيز البخاري يتخرج القول بأن الاستحسان بـالرأي هنـا هو الاستحسان بالقياس الخفي.

([2]) الاعتصام: 2|139.

([3]) التبصرة: 494, و البحر المحيط: 6|88, 93, وقد سبق بيان أن هذا التعريف و نظائره ليس تعريفا للإمام أبي حنيفـة ولا لأحد من القـائلين بالاستحسـان بـل هـو مـن تعريفـات من وصفهم الشاطبي بأهل البدع.

وقال الزركشي موضحا سبب وصف الإمام الشافعي للاستحسان بالتلذذ: "وإنما قال ذلك لأنه اشتهر عن الحنفية أن المراد به: حكم المجتهد بما يقع في خاطره من غير دليل"[1].

إلاّ أنه أدعى في موضع آخر بان كلام الإمام الشافعي صريح في أنه أراد بإنكاره مسائل من استحسان الإمام أبي حنيفة فبعد أن ذكر التعريف المذكور الذي نسبه إلى الإمام أبي حنيفة قال[2]:

"قلت وهو الصواب في النقل عن أبي حنيفة , وقد صنف الشافعي كتاباً في الأم للرد على أبي حنيفة وقال من جملته:

"قال أبو حنيفة لما رد خيار المجلس بين المتابعين: أرأيت لو كان في سفينة؟ فترك الحديث الصحيح بهذا التخمين[3], وقال في مسألة شهود الزوايا, القياس أنهم قذفة يحدون وترد شهادتهم , لكن استحسن قبولها ورجم المشهود عليه , قال الشافعي: وأي استحسان في قتل مسلمين".

أقول: لم يرد ما تقدم في كلام الإمام الشافعي ، سواء في فصل (إبطال الاستحسان) في كتابه الأم ، أو في المواضع التي تكلم فيها عن

---

(1) البحر المحيط: 6|88.
(2) المصدر نفسه: 6|94.
(3) إن خبر المتبايعين وهو قوله صلى الله عليه وسلم (المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا) لم يتركوه بالتخمين وإنما قالوا: الحديث محمول على خيار القبول لان سياق الحديث يدل على ذلك لأنهما يسميان متبايعين حقيقة حالة التشاغل بفعل البيع بان يقول أحدهما: يعني ويقول الأخر بعت , فيتخير كل منها بعد ذلك , أما البائع فله الخيار إما أن يثبت على ما قال أو يرجع عنه وأما المشترى فله الخيار أيضاً إما أن يقبل أو يرد مادما في المجلس. انظر: البناية: 6|206, وسبل السلام: 3|33.

الاستحسان في كتابه : الرسالة[1]. بل ورد في كتاب ( المنخول)[2], وربما كان هذا اشتباهاً وقع من الناسخ. على أن الزركشى قد حدد موقفه قائلاً:

"إذا حرر المراد بالاستحسان زال التشنيع ، وأبو حنيفة بريء إلى الله من إثبات حكم بلا حجة"[3].

وواضح من هذا أنه يرى أن الإمام أبا حنيفة هو المقصود.

ولما سلم أكثر الأصوليين بأن الإمام أبا حنيفة هو المراد بكلام الإمام الشافعي قال بعض الأصوليين من الشافعية: أن الإمام الشافعي قد بالغ في إنكار الاستحسان و من هؤلاء البدخشي[4] والعلائي[5].

وقال بعض الحنيفة : أن الإمام الشافعي لم يدر مراد القائلين بالاستحسان الذي قالوا به ، أنه كان عليه أن لا يسارع إلى رده[6].

والأمر الملفت للنظر : أنني لم أجد في حدود ما وقفت عليه من المصادر من يتعرض لذكر الإمام مالك في أثناء مناقشة الأدلة التي ساقها الإمام الشافعي لإبطال القول بالاستحسان.

وما يمكن الخلوص إليه بعد كل ما تقدم : أن جمهور الأصوليين يرون أن الإمام الشافعي أراد بعض المسائل التي استحسن فيها الإمام أبو

---

([1]) الأم : كتاب إبطال الاستحسان: 7|267-277، والرسالة :ص25 فقرة 70 و ص 503-508فقرة 1456-1468، والرسالة مع الام : 1|69-77.

([2]) أنظره: 374-375.

([3]) التقرير و التحبير: 3|222-223،والتلويح: 2|81-82.

([4]) مناهج العقول : ( شرحه على مناهج الوصول) : 3|140.

([5]) مختصر من قواعد العلائي وكلام الاسنوي لابن خطيب الدهشة: 2|429.

([6]) التقرير والتحبير: 3|222-223، والتلويح: 2|81-82.

حنيفة ، وعلى وجه التحديد- بحسب ما يظهر من كلام بعض الشافعية- استحسانه إقامة الحد على المشهود عليه في مسألة شهود الزوايا .

**تحديد من أراه مقصوداً بأدلة الإمام الشافعي :**

الأمر الذي لاشك فيه أن الإمام الشافعي يطلق الاستحسان على المناسب المرسل وإن الذي رفضه هو الغريب من ذلك المرسل ، وما قبله هو الملائم منه, وحيث ثبت هذا ثم حرصنا على القول بأن أدلة الإمام الشافعي مسوقة لإبطال استحسان احد من الأئمة فإن الأقرب في هذه الحالة أن يكون المقصود بذلك الإمام مالكا وليس الإمام أبا حنيفة وذلك بسبب ما نسب إليه من الإفراط في القول بالمصلحة المرسلة, ولما عرف بالمقابل عن الحنفية من عدم احتجاجهم بالمصلحة المرسلة.

ثم أننا إذا حملنا أدلة الإمام الشافعي على استحسان الإمام أبي حنيفة لإقامة الحد على المشهود عليه في مسألة شهود زوايا و نظائرها, لما فيه من سفك لدم امرئ مسلم , فإنما نسب إلى الإمام مالك بهذا الخصوص أعظم على ما أبين . ومن هنا فإن حمل الأدلة المذكورة على الإمام أبا حنيفة أو هو وحده مما لا يظهر له وجه ولا يقوم على صحته دليل ، ثمّ أن أبا حنيفة لم ينفرد بالحكم المذكور بصدد مسألة شهود الزوايا بل هو قول الإمام أحمد وأصحابه أيضاً .

وبغية توضيح بعض ما تقدم و ذكر ما نسب إلى الإمام مالك مما يمكن أن يعدّ من الغريب المرسل أقول:

**- جاء في التقرير و التحبير:**

"قال السبكي: أن الذي صح عن مالك اعتبار جنس المصالح مطلقا وأما الشافعي فإنه لا ينتهي إلى ما قاله مالك ولا يستجيز التنائي والإفراط في البعد وإنما يسوغ تعليق الأحكام بمصالح يراها شبيهة بالمصالح المعتبرة وفاقاً بالمصالح المستندة إلى أحكام ثابتة الأصول قارة في الشريعة , وإمام الحرمين يختار نحو ذلك"[1].

**- قال ابن دقيق العيد:**

"إن الذي لاشك فيه أن لمالك ترجيحاً على غيره من الفقهاء في هذا النوع ... ثم قال : لست أنكر على من اعتبر أصل المصالح لكن الاسترسال فيها وتحقيقها محتاج إلى نظر سديد وربما يخرج عن الحد".

ثم فسر ابن دقيق العيد الاسترسال بقوله:

"وشاورني بعض القضاة في قطع أنملة شاهد والغرض منعه عن الكتابة بسبب قطعها".

ثم عقب ذلك يقول:

"وكل هذا منكرات عظيمة الموقع في الدين واسترسال (قبيح) في أذى المسلمين"[2].

وأما بشأن ما نسب إلى الإمام مالك من نظائر المسألة المتقدمة فإن الإمام الحرمين يقول[3]:

---

([1]) التقرير والتحبير: 3|150.

([2]) إرشاد الفحول: 241-142.

([3]) البحر المحيط: 6|76 , وإرشاد الفحول الإشارة نفسها.

- "إن الإمام مالكا قد أفرط في القول بالمصلحة المرسلة حتى جره ذلك إلى (استحلال القتل) و (اخذ المال) لمصالح تقتضيها في غالب الظن وإن لم يجد لها مستندا"[1].
- قال الطوفي: "نسب إلى مالك أنه أجاز قتل ثلث الخلق لاستصلاح الثلثين"[2].

وبعد هذا أقول :

غرضي من كل ما تقدم هو: أن الأصوليين ماداموا قد حرصوا على حمل قصد الإمام الشافعي على احد من القائلين بالاستحسان كان عليهم في أقل الأحوال إلاّ يقصروه على الإمام أبي حنيفة لاسيما وأننا قد وجدنا الكثيرين من علماء الشافعية ينسبون الإفراط في القول بالمصلحة المرسلة إلى الإمام مالك ومن ذلك المسألتان المذكورتان من قبل إمام الحرمين , وإلاّ فإني استبعد أن يكون الإمام الشافعي قد أراد استحسان احد من الأئمة . وما يرجح ذلك عندي هو ما يأتي:

**أولاً.** ليس في كلام الإمام الشافعي تصريح بذكر احد من القائلين بالاستحسان على أنه المراد .

**ثانياً.** إن الإمامين أبا حنيفة ومالك اتقى الله من أن يقولا في دين الله بالهوى ولا يخفي هذا على الإمام الشافعي , والواقع أن ضخامة حجم إنكار الإمام الشافعي للاستحسان هي بحد ذاتها تصلح أن تكون دليلاً على أنه لم يرد بما قال أحداً من الأئمة.

---

([1]) قارن بين هذا وبين قول الزركشي السالف الذكر: ان الاستحسان الذي انكره الشافعي هو تغليب الظن من غير أصل.

([2]) شرح مختصر الروضة :3|211.

هذا كله من جهة, ومن جهة أخرى فإن كلام بعض العلماء صريح في وجود بعض من استغلوا كلمة الاستحسان ليدخلوا في دين الله ما ليس منه.

يقول الشاطبي : إن لأهل البدع أيضاً تعلقاً بالاستحسان[1].

وأرى أن هؤلاء هم الذين نسبوا كثيرا من التعريفات الزائفة للاستحسان والتي لا تمت إلى الإمام أبي حنيفة بصلة[2].

ومن هؤلاء من وصفهم ابن دقيق العيد – في كلامه السالف الذكر – بالقضاة , وأرى أن هؤلاء هم الذين قالوا بجواز قتل ثلث الخلق لاستصلاح الثلثين , والذي نقل على أنه قول للإمام مالك , كما هم الذين استحلوا القتل وأخذ المال ومن ثم اشتهر على أنه قول للإمام مالك أيضاً .

ولا أرى بعد هذا التفسير فإن أمثال هؤلاء الذين وصفهم الشاطبي بأهل البدع يوجدون في كل زمان و مكان.

وبعد هذا آتي إلى تحقيق ما نسب إلى الإمام مالك :

نقل الزركشي عن أبي العز المقترح في حواشيه على (البرهان) قوله بشأن ما ذكره إمام الحرمين:

إن هذا القول لم يصح نقله عن مالك , هكذا قال أصحابه:

قال الزركشي: وأنكره ابن شاس أيضاً في (التحرير) وقال:

---

([1]) الاعتصام : 2|136.

([2]) وقد سلف ذكر نماذج من تلك التعريفات في الفصل الأول والمواضع الأخرى .

"أقواله تؤخذ من كتبه وكتب أصحابه لا من نقل الناقلين" وأضاف الزركشي قائلاً:

وكذلك استنكره القرطبي في كتابه فقال :

"ذهب الشافعي ومعظم أصحاب أبي حنيفة إلى الاعتماد عليه وهو مذهب مالك قال – أي القرطبي– وقد اجترأ إمام الحرمين وجازف فيما نسبه إلى مالك من الإفراط في هذا الأصل وهذا لا يوجد في كتب مالك ولا في شيء من كتب أصحابه"[1].

وقال الطوفي معقباً على المسألة التي أوردها:

"لم أجد هذا منقولاً فيما وقفت عليه من كتب المالكية وسألت عنه جماعة من فضلائهم فقالوا لا نعرفه"[2].

أقول : وأما استرساله فهو في الأخذ بالمصالح الملائمة قربت أو بعدت من الأصول , لا ما خرجت عن الأصول[3].

## المطلب الثالث

## نماذج من المسائل المستحسنة للإمام الشافعي وأصحابه وأهم ما يستنتج منها

سبقت الإشارة في مواضع كثيرة إلى أن الإمام الشافعي وأصحابه قالوا بالاستحسان, وأنهم صرحوا في مواضع عدة بهذا الاسم, وفيما يأتي

---

([1]) البحر المحيط: 6|76–77.

([2]) شرح مختصر الروضة: 3|211.

([3]) الاعتصام :2|129–133.

اذكر نماذج من تلك المسائل , وفي ضوئها احدد حقيقة الاستحسان في منظور الشافعية ومن هنا فإن هذا المطلب يتضمن فرعين:

الفرع الأول : نماذج من المسائل المستحسنة للإمام الشافعي وأصحابه

الفرع الثاني : حقيقة الاستحسان في نظر الشافعية في ضوء المسائل التي صرحوا فيها بالاستحسان.

## الفرع الأول

## نماذج من المسائل المستحسنة للإمام الشافعي وأصحابه

ويتضمن فقرتين :

الفقرة الأولى: نماذج من المسائل المستحسنة للإمام الشافعي.

الفقرة الثانية :نماذج من المسائل المستحسنة لعلماء الشافعية.

### الفقرة الأولى

### نماذج من المسائل المستحسنة للإمام الشافعي

قلت فيما سبق أن الاستحسان الذي يشدد الإمام الشافعي النكير على القائل به هو ترك القياس لمصلحة غريبة غير ملائمة لمقاصد الشارع , وليس ترك القياس لمصلحة ملائمة, ومن ضمن ما استدللت به على ذلك قول الإمام الشافعي بالاستحسان في مسائل عدة , لذا رأيت من الضروري إيراد نماذج من تلك المسائل والتي أراها مفسراً وموضحاً لما قاله الإمام الشافعي في الاستحسان في كتابيه : الرسالة, والأم , وفيما يأتي بعض من تلك المسائل :

**(1) قال الإمام الشافعي:**

"إذا علم صاحب الشفعة فإن أكثر ما يجوز طلب الشفعة فيه: ثلاثة أيام , وإلاّ لم يجز – أي أن زاد على ثلاثة أيام – وهذا استحسان مني وليس بأصل".

قال الزركشي:

المشكلة فيه قول: "وليس بأصل" ثم قال:

"وينبغي تأويله على أن المراد : ليس بأصل خاص يدل عليه , لا نفي الدليل البتة".

قال العلائي في وجه الاستحسان:

"أنه استحسن خيار الشفعة أن يكون ثلاثة أيام , لأن إدامته – أي إدامة الخيار– زلزلة لملك المشتري , وعدمه معارضة في حق الشفيع, والثلاث مدة اعتبرها الشرع في مواضع كثيرة :

منها: المدة المضروبة في خيار الشرط, وفي مقام المسافر, وفي أكثر المسح. وقال الزركشى في وجه الاستحسان:

لأن الناس اجمعوا على تأجيل الشفعة في قريب من الزمان فجعله هو مقدرا بثلاثة[1] لقوله تعالى:

"تمتعوا في داركم ثلاثة أيام"[2].

---

([1]) البحر المحيط: 6|95–96, ومختصر من قواعد العلائي وكلام الاسنوي لابن خطيب الدهشة, دراسة وتحقيق الدكتور مستفي محمود البنجويني: 2|429. وأيضاً : الأحكام للآمدى: 2|391, وجمع الجوامع بشرح المحلي:2|353–354, والإبهاج : 3|189.

([2]) سورة هود : 65.

ثم ذكر ما تقدم حول كون تلك المدة مضروبة في خيار الشرط... الخ".

أقول: وهذا إلحاق بعض الأحكام ببعضها بجامع المناسبة المصلحية المطلقة فواضح من كلام العلائي أن الاستحسان هنا للمصلحة.

**(2) ذهب الإمام الشافعي في قوله القديم في المرأة إذا طلقت بعد الخلوة أنه يجب لها كل المهر .**

قال الخفاف في الخصال على ما نقله عنه الزركشي:

من أعطاها بالخلوة فذاك ضرب من الاستحسان[1].

أقول: القاعدة المتبعة أن كل المهر يثبت إما بالدخول أو بموت أحد الزوجين[2] ولكن هنا لم يحصل الدخول , وبذلك فإن إعطائها جميع المهر حكم ثابت على خلاف القياس , فهو استحسان.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن بعضاً ممن : ذهب إلى وجوب إعطاء كل المهر بعد الخلوة وقبل الدخول نصوا على : أن المهر يعطى لها جبراً لما يلحقها من الكسر والابتذال بالخلوة[3].

وعلى هذا يتخرج القول بأن سند الاستحسان هنا: المصلحة.

---

(1) البحر المحيط: 6|95.

(2) الوجيز للغزالي: 2|26, و المقدمات: 2|415, ومنتهى الإرادات: 2|211 والسيل الجرار للشوكاني: 2|279, والأشباه لابن نجيم: 177, والمحلي: 9|486.

(3) القواعد في الفقه الإسلامي : لابن رجب : 358, ومنتهي الإرادات: نفس الإشارة.

**(3) قال الإمام الشافعي :**

إذا قال الشاهدان : نشهد أنه لا وارث له : سألتهما عن ذلك , فإن قالا : هو لا يعلم فذاً , وإن قالوا: تيقناه قطعاً , فقد أخطئوا لكن لا ترد بذلك شهادتهما لكن أردها استحساناً :

نقله الزركشي عن ابن الصباغ من باب الإقرار من (الشامل), دون أن يذكر وجه الاستحسان[1], والظاهر : أن وجه القياس والاستحسان كالآتي:

إن القطع في مثل المسالة المذكورة لا سبيل إليه ودعوى ذلك مما يكذبها العرف فترد شهادتهما لذلك استحساناً , وأما القياس : فهو أن نصاب الشهادة مكتمل وليس هنالك دليل يقطع بكذبهما.

**(4) قال الإمام الشافعي في السارق:**

إذا أخرج يده اليسرى بدل اليمني فقطعت ، القياس أن تقطع يمناه والاستحسان أن لا تقطع[2].

ووجه القياس واضح ، حيث أن المطلوب هو قطع اليمنى واليسرى هي غيرها.

وأما وجه الاستحسان ، فالظاهر هو ما يأتي:

أنه لا يجوز إقامة حدين على جريمة واحدة ، فهذا مما لا يلائم مقاصد الشارع ، ثم الإنزجار يحصل باليسرى .

---

([1]) البحر المحيط: 6|97.

([2]) الأحكام للامدى : 2|391، والابهاج : 3|191، و البحر المحيط : 6|97.

**(5) قال الإمام الشافعي :**

إذا كتب قاض إلى قاض آخر في القياس لا يجوز، ويجوز استحساناً[1].

ووجه الاستحسان على ما يبدو لي : المصلحة التي هي الحاجة إلى مثل ذلك .

**(6) نص الإمام الشافعي في تعيين الرامي ابتداءً في النضال على ثلاثة أقوال:**

**أحدهما** : أنه يجب أن لم يعين بطل (أي العقد).

**الثاني** : أنه يقرع .

**الثالث** : أنه يبدأ مخرج السبق[2] إتباعاً للعادة.

ذكره العلائي ثم قال :

واختلف الأصحاب في أن المتبع في النضال ، القياس أو العادة، ومن اتبع العادة فذلك استحسان[3].

والظاهر أن القياس هو أنه في حالة وجود احتمالين متساويين إما أن يلجأ إلى الترجيح بالقرعة أو بطلان العقد[4]، وأما إتباع العادة فهو مخالف للقياس .

---

([1]) البحر المحيط: 2|95.

([2]) السبق هو ما يتراهن عليه المتسابقان، انظر: هامش ص 430 ج2 من كتاب مختصر القواعد العلائي... مصدر السابق من تعليقات الأستاذ المحقق نقلا عن المصباح المنير: 1|284.

([3]) مختصر قواعد العلائي.. الاثارة نفسها، و البحر المحيط: 6|97.

([4]) هامش ص 430 ج2 من كتاب مختصر قواعد العلائي. من تعليقلت محقق الكتاب.

**(7) قال في قواعد الأحكام:**

"لو باع شخص نخلاً عليها طلع مؤبر لم يدخل في البيع لأن اسم النخلة لا يتناوله ، وإن كان غير مؤبر ، فالقياس أن لا يدخل لخروجه عن اسم النخلة ، ولكن الشافعي نقله إلى المشتري مع خروجه عن اسم النخلة لإستتاره"[1].

**(8) قال الإمام الشافعي :**

لو كان برأس المحرم هوام فنحاها تصدق بشيء ثم قال: لا أدري من أين قلت ما قلت .

وقال بعض الشافعية منهم الغزالي : إن ذالك من الشافعي استحسان فإنه بين انه لا أصل له ، لكن الزركشى قال:

قلت: ليس هذا من الاستحسان ، بل مراد الشافعي أني لا أذكر دليل ما قلته لأجله لا أنه قاله من غير دليل بهوى نفسه[2].

هذا وقد قال الإمام الشافعي بالاستحسان في مواضع أخرى ذكرها علماء مذهبه وغيرهم ، وتجدر الإشارة إلى أن الزركشى أورد بعضاً من الأمثلة المتقدمة ضمن فصل قائم بذاته عقده في كتابه البحر المحيط بعنوان: (ما استحسنه الشافعي و المراد منه)، وقد حاول فيه على ما يبدو تخريج تلك المسائل على مآخذ الفقهية ، وكأنه أراد إثبات أن الإمام الشافعي لم يقل بالاستحسان . وذلك ظناً منه أن الاستحسان قول لا يستند إلى دليل مطلقاً والواقع أن الأمثلة المذكورة واضحة في أن الإمام الشافعي

---

([1]) أنظره: 2|172-173.

([2]) البحر المحيط : 6|96، ونقل كلام الغزالي عن كتابه ( البسيط).

قال بالمصالح الملائمة لمقاصد الشارع وان لم تستند إلى أصول معينة . ومن ذلك العمل بالعرف والعادة ، وإذ ثبت ذلك يتبين أن الاستحسان الذي شدد النكير على القائل به هو ترك القياس لمصالح غريبة غير ملائمة لمقاصد الشارع ، وهى ما تسمى بالغريب المرسل ، وبعبارة أخرى هي مصلحة لم يظهر اعتبارها لا بالنص ، ولا بالإجماع ، ولا بترتيب الحكم على وفقها: حيث لم يظهر اعتبار نوعها ولا جنسها في نوع أو جنس الحكم المطلوب بالاستحسان.

## الفقرة الثانية

## نماذج من المسائل المستحسنة لعلماء الشافعية

### (1) في الحصير وأمثاله إذا كان وقفاً وبلي ، هل يباع أو يحفظ؟

قال في البحر المحيط ما نصه:

"قيل أنه يحفظ فإنه عين الوقف فلا يباع ، وهذا هو القياس. وقيل . إنه يباع ويصرف في مصالح المسجد ، أضاف:

ومثله الجذع المنكسر والدار المنهدمة ، وهذا إستحسان"[1].

### (2) قال الحليمى:

إن اقتدى شخص بولي الأمر أو نائبه صح مع تركه الواجبات عندنا لما في المفارقة من الفتنة ، واستحسناه بعد نقلها عن تصحيح الكثيرين أضاف:

---

([1]) البحر المحيط : 6|98.

وقطع جماعة بعدم الصحة وهو المعتمد ، وما استحسناه مخالف لنظائره"[1].

**(3) قال في قواعد الأحكام :**

"إذا باع ثمرة قد بدا صلاحها فإنه يجب إبقائها إلى أوان جذاذها، والتمكن من سقيها بمائها ، بأن هذين مشروطان بالعرف فصارا كما لو شرطاهما بلفظه فإن قيل : لو باع ماشية وشرط سقيها أو علفها على البائع أو شرط إبقائها في ملك البائع مدة فإن ذلك لا يصح فلم صح هذا الاشتراط ههنا؟

قلنا: لأن الحاجة ماسة إليه وحاملة عليه فكان من المستثنيات عن القواعد تحصيلاً لمصالح هذا العقد[2].

**(4) قال في مغني المحتاج :**

"لو حدث في المغصوب نقص يسرى إلى التلف ، بأن جعل الغاصب الحنطة المغصوبة هريسة فكالتالف حكمه ، فيغرم بدل كل المغصوب من مثل أو قيمة ، وفي قول يرده مع ارش النقص قياساً على التعييب الذي لا يسري ، وفي ثالث : يتخير بين الأمرين ، وهذا استحسان"[3].

**(5) قال في قواعد الأحكام :**

إذا قال بعت هذه الأرض أو هذه الساحة , أو رهنتكما وفيها بناء أو غراس ففي دخولهما في البيع و الرهن خلاف:

---

(1) مغنى المحتاج: 1|238 .
(2) المصدر نفسه : 2|108.
(3) المصدر نفسه : 2|288.

قال البعض: يدخلان في المبيع أو الرهن , – وهذا استحسان–.
وقال آخرون: لا يدخلان, وهو القياس لأن الاسم لا يتناولهما[1].

أقول : وهذا الاستحسان هو من قبيل ما اصطلح عليه بعض الحنفية بالاستحسان بالقياس الخفي.

**(6) قال الإمام الشافعي: في الأجير المشترك كالحلاق والغسال:**

إذا لم يجر من المستصنع استئجارهم لا يستحقون شيئاً إذا عملوا. ذكره العلائي ثم قال:

وفي المذهب ثلاثة أوجه أخر:

**الأول :** الاستحقاق مطلقا.

**الثاني:** إن بدأه العامل لم يستحق شيئا وان بدأ المصنوع له وأمره بذلك استحق عليه أجرة المثل.

**الثالث:** إن كانت لهم عادة أنهم لا يعملون ذلك إلاّ بالأجرة وجبت لهم.

قال العلائي: وصححه الشيخ عزالدين بن عبد السلام واستحسنه الشيخ محي الدين وأفتى به جماعة من المتأخرين لدلالة العرف على ذلك و قيامه مقام اللفظ[2].

**(7) قال في البحر المحيط :**

إذا أعار أرضاً للبناء والغراس , فبنى المستعير أو غرس , ثم رجع واتفقا أن يبيع الأرض والبناء لثالث بثمن واحد فقيل : هو كما لو كان لهذا

---

(1) مغنى المحتاج: 2|172.

(2) مختصر من قواعد العلائي وكلام الاسنوى, مصدر سابق: 1|371–372, وقواعد الأحكام: 2|125, وسيأتي تفصيل هذا المثال في التطبيقات ضمن استحسان العرف.

دار ولهذا دار فباعاهما بثمن واحد , والمذهب: القطع بالجواز للحاجة , ثم قال الزركشي:

وهذا مخالف للقياس فهو استحسان أو استصلاح[1].

**(8) وفي البحر المحيط أيضاً :**

قيل في حق التولية على الوقف: انه للواقف, وعلل بأنه المتقرب بصدقته فهو أحق من يقوم بإمضائها, قال الزركشي: وهذا استحسان[2].

## الفرع الثاني

## حقيقة الاستحسان (المقبول) عند الشافعية

ظهر بوضوح مما تقدم وبوجه خاص من الأمثلة التي مرت أن الإمام الشافعي وأصحابه يطلقون الاستحسان على المناسب المرسل بقطع النظر عن تعارضه مع القياس وعدم تعارضه معه, على أنه قد سبق بيان الاستحسان المرفوض وهو الغريب من المرسل لا الملائم منه.

والأمر الذي أريد تسليط الضوء عليه هنا هو الارتباط القائم بين ما ذكرت آنفاً وبين ما تقدم من الكلام في القياس الخفي وتعريفه من قبل الأصوليين بأنه : الشبه, ومعرفة هذا الارتباط توصلنا إلى عدة نتائج, أهمها وأبرزها معرفة السبب في عدم إطلاق الشافعية عبارة الاستحسان على ترك القياس للضرورة والحاجة الماسة, وقبل أن احدد السبب المشار

---

([1]) أنظره: 6|99.

([2]) المصدر نفسه: 6|98, وأنظر لمسائل أخرى: البحر المحيط: 6|95 وما بعدها, ونهاية المحتاج: 4|232, ومغني المحتاج: 2|381, 4|32, 106, ومختصر من قواعد العلائي وكلام الأسنوى : 2|430-431.

إليه أورد فيما يأتي ما يدل على أن ترك القياس بالضرورة والحاجة الماسة لا يسمى استحساناً عند الشافعية.

قال العز بن عبد السلام:

"إعلم إن الله شرع لعباده السعي في تحصيل مصالح عاجلة وآجلة تجمع كل قاعدة منها علة واحدة , ثم استثنى منها ما في ملابسته مشقة شديدة أو مفسدة تربو على تلك المصالح , وكذلك شرع لهم السعي في درء مفاسد الدارين أو في أحدهما, تجمع كل قاعدة منها علة واحدة, ثم استثنى ما في اجتنابه مشقة شديدة أو مصلحة تربو على تلك المفاسد, وكل ذلك رحمة بعباده , ونظر لهم ورفق بهم ويعبر عن ذلك كله بما خالف القياس وذلك جار في العبادات والمعاوضات وسائر التصرفات"[1].

وبعد هذا أقول:

إن الشافعية لم يطلقوا عبارة الاستحسان على ترك القياس للضرورة والحاجة الماسة لأن المصلحة ظاهرة في هاتين الحالتين وبالتالي دليلهما .

وهذا يعني أن ما دون ذلك يسمى استحسانا لعدم ظهور المصلحة و دليلها الشرعي ولا يخفي هنا ما للعقل من دور كآلة كاشفة.

وأوضح هذا أكثر وأقول:

إن الاستحسان في نظر الشافعية هو فقط ما يقع الموقع الوسط في الثلاثيات الآتية:

---

([1]) قواعد الأحكام: 2|156.

**الثلاثي الأول**: تقسيم الأصوليين للمصالح بحسب اعتبارها الشرعي على: المصالح المعتبرة، المصالح المرسلة، المصالح الملغية. فالمصالح المرسلة هي مصالح مسكوت عنها بالنظر إلى الشواهد الخاصة وهى مصالح معتبرة بالنظر إلى كونها ملائمة لأصل أو أصول كلية.

**الثلاثي الثاني** : تقسيم الأصوليين للمصالح بحسب قوتها في نفسها على مراتب ثلاث وهي : المصالح الضرورية، المصالح الحاجية ، المصالح التحسينية.

**الثلاثي الثالث** : تقسيم الأصوليين الأوصاف بحسب إراك ترتب المصلحة عقينها أو وجودها على : الوصف المناسب ، والوصف الشبهي ، والوصف الطردي .

وبغية تحديد المراد بالوصف الشبهي نورد التقسيم الآتي :

قسّم الطوفي القضايا العقلية على أصناف ثلاثة هي:

1. **البديهيات:** وهي ما يتلقاه العقل بجوهره مع القطع .
2. **المقبولات:** وهي ما يتلقاه العقل بجوهره بالقبول من غير قطع به فالعقول معيار له لا تختلف فيه.
3. **النظريات** : وهي ما يتلقاه العقل بجوهرة ولكن بعد تحقيق مقدمات النظر. ثم جعل المناسب من القسم الثاني[1] وأقول:

أريد بالشبه هنا ما في معنى النظريات ، التي هي في حقيقتها نفس ما يريدها الحنفية بالقياس الخفي –المصطلح عليه– أرى أن هذا هو

---

(1) شرح مختصر الروضة: 3|384.

مـراد ابـن الهمـام بقولـه : والحـق أن المـراد بإبـداء المناسـبة تفصـيلها للمخاطب[1].

وأما الوصف الطردي فإنه مقطوع بعدم مناسبته .

ومما يؤيد كون الاستحسان في نظر الشافعية واقعة الموقع المشار إليه : أن بعض الأمثلة التي تقدم ذكرها في المسائل الاستحسانية ذكرها بعض الشـافعية كـابن السبكي علـى أنهـا مـن الشبه ومـن ذلـك : وجـوب جميع المهر بالخلوة[2].

ويظهر مما تقدم ما يأتي :

**أولاً:** لا يعد ترك القياس بالنص والإجماع استحساناً لأنه لا نظر للمناسبة أصلاً عند وجود هذين الدليلين في موضع من المواضع.

**ثانيـاً:** لا يعد تـرك القيـاس للضـرورة والحاجـة الماسـة استحسـاناً ، لأن مناسبة الضـرورة والمشـقة الشـديدة للتخفيف مقطـوع بهـا فـي الشـرع، فالقاعدة الكلية تقول : المشقة تجلب التيسير .

**ثالثـاً:** إن الاستحسـان يكـون خاضـعاً للتقديرات الذاتيـة لآحـاد المجتهـدين وعليـه فإنـه لابـد مـن الحيطـة والحـذر وحتـى لا يقـع الاضـطراب فـي الأحكام الشرعية .

**رابعاً:** وهو الأهم من كل ذلك:

إن (المرسـل الملائـم) إذا كـان كـذلك فـإن تـرك القيـاس بـه يكـون موضـع تردد فقد ورد سابقا: أن الزركشي نقل عن الإمام الشـافعي فـي هذا

---

([1]) التقرير والتحبير :3|160.

([2]) تقدم بيان هذا المثال أثناء الكلام عن الشبه.

قولين : ومن ثم جعلت ما ذكره الزركشى مفسراً لكلام الغزالي حين قال : نقل عن الإمام الشافعي تردد في القول بالمصلحة المرسلة .

والسبب في ذلك أن القياس له أصل معين (ظاهر) ، وأصل الاستحسان خفي وأرى أن الحنفية لما قالوا:

لا عبرة بالظاهر لظهوره ولا للباطن لبطونه ، وإنما العبرة بقوة الأثر في مضمونه ، أرادوا بذلك الإشارة إلى ما لدي بعض من غيرهم من تلك النظرة .

وحاصل الكلام أن الشافعية أكثر تمسكاً بالقياس وليس ذلك إلاّ لأنهم يشترطون ظهور المصلحة إلى حدٍ ما .

يقول الغزالي في المستصفي:

لا يجوز الحكم بمجرد المصالح الواقعة في مرتبة الحاجيات والتحسينات إذا لم تعتضد بشهادة أصل"[1] أي معين.

أما في الشفاء الغليل ذكر التحسينات دون الحاجيات[2].

وفي هذا المعنى ما قاله ابن الهمام:

إن الشافعية ترجح المظنة على الحكمة – أي المصلحة–.

أي: أنهم يرجحون التعليل بالوصف الذي هو مظنة الحكمة على التعليل بالحكمة نفسها .

غير أن ابن الهمام قال معقباً وينبغي أن يكون هذا عند عدم انضباط الحكمة[1].

---

([1]) أنظره:1|293.

([2]) أنظره: 208.

أقول: وما تقدم من كلام ابن الهمام يعني:

إن الشافعية ترجع العمل بالقياس والأصل على العمل بالمصلحة عندما لا تكون منضبطة .

وإن قيل ما وجه العلاقة بين تغليب المظنة على الحكمة وبين تغليب القياس عليها.

الجواب: إن الوصف الظاهر هو مدار القياس الأصولي, فالوصف الظاهر (صورة موضع الاستحسان) يحيل الإفهام إلى الأصل الذي هو القياس الظاهر .

والحكمة تحيل إفهام المجتهدين إلى أصل أو أصول أخرى خفية – لكونها غير متضمنة لنوع المصلحة بل لجنسها- هذا وقد نص ابن أمير الحاج على أن الشافعية:

يرجحون المظنة على الحكمة لأن التعليل بالمظنة مجمع عليه بخلافه بالحكمة[2].

---

([1]) التقرير والتحبير : 3|229/وقال ابن العربى المالكى : أن العموم إذا استمر والقياس إذا اطرد فإن مالك وأبا حنيفة يريان مع تخصيص العموم بأي دليل كان من ظاهر أو معنى ، ويريان مع التخصيص القياس و نقص العلة، ولا يرى الشافعي لعلة الشرع إذا ثبت تخصيصاًً".انظر: أحكام القران: 2|754-755، أقول : وهذا ينبغي أن يكون عند عدم انضباطها ، وقد ذكر الآمدي أن الأئمة أبا حنيفة ومالكاً وأحمد بن حنبل أجازوا تخصيص العلة , وأما المنقول عن الإمام الشافعي أنه يمنعه , لكن شيخ ذكريا الأنصاري قال بأن قول الإمام الشافعي معمول على أن المنع هو التخلف الحكم عن العلة حال عدم وجود مانع لا عند وجوده . الأحكام: 2|194 وغاية الوصول: 129. أقول والاستحسان عند الأكثرين هو تخلف للحكم عن الوصف المدعي علة لمانع وقد سبق بيان أن المانع إما أنه حرج , أو أنه تيقن عقلي بانعدام العلة التي تعلق بها القصد في الحكم القياسي.

([2]) التقرير و التحبير: 3|229.

أقول: ليس لهذا فحسب بل للأسباب المذكورة سابقاً أيضاً وتجدر الإشارة إلى أن المراد بالإجماع المذكور هو الإجماع على أن الأصل في التعليل هو التعليل بالمظنة , لأن التعليل بالحكمة لا يجوز بالاتفاق.

وحاصل الكلام:

إن الفرق بين الحنفية و الشافعية فيما يتعلق بالاستحسان هو :

إن الشافعية لا يسمون ترك القياس بالنص والإجماع والضرورة استحساناً على ما هو عليه الحال عند الحنفية . ويبقى الاستحسان بالمصالح التي تقل مرتبتها عن الضرورة والحاجة الماسة وتحديد هذه المصالح مسألة اجتهادية واختلاف آرائهم في هذا الاستحسان , هو شأن الاختلاف في سائر المسائل المختلف فيها, وبهذا نصل إلى أنه ليس في الاستحسان ما يصلح محلا للنزاع .

**خاتمة في بيان حقيقة الاستحسان الذي أنكره ابن القيم**

إذا ثبت أن الاستحسان قياس فمن الطبيعي أن ينكر ابن حزم حجيته[1].

فموقفه من القياس واضح ثابت , لذا فإني لا أرى حاجة إلى التفصيل في بيان ما يريده بالاستحسان ولاسيما أن بعض من الأدلة التي وردت لرد حجية الاستحسان هي ما استدله بها هو أيضاً.

ومن الذين أنكروا حجية الاستحسان ابن القيم الجوزية فقد عد الاستحسان نوعاً من أنواع الرأي الباطل[2], وعلو منزلة هذا العالم المحدث

---

([1]) مذاهب العلماء في حجية الاستحسان في بداية هذا الفصل.

([2]) أعلام الموقعين: 1|169, 2|70.

الفقيه يجعلني مضطراً إلى أن أبين ولو بإيجاز حقيقة ذلك الاستحسان الذي قصده برفضه , ولاسيما أنه ينقل لنا جملة من كلام شيخه ابن تيمية أثناء كلامه على الاستحسان لها كبير الأهمية فأقول:

الاستحسان الذي رفضه ابن القيم هو الاستحسان بالعقل المجرد والذي لا يستند إلى دليل من الشرع أو بعبارة أخرى أن الاستحسان الذي رفضه : ترك لقياس هو مبني الشريعة وأساسها والذي وصفه بأنه الحكمة والعدل والرحمة[1], وإذا ثبت أن الاستحسان الذي قال به المثبتون ليس كذلك فإن ذلك يعني أن ابن القيم لا يريد استحسانهم بل يريد به غيره , ومن أكد الأدلة على ذلك ثناؤه على الإمام أبي حنيفة وأصحابه , فقد قال:

"وأصحاب أبي حنيفة رحمه الله مجمعون على أن ضعيف الحديث عند أبي حنيفة أولى من القياس والرأي , وعلى ذلك بنى مذهبه كما قدم حديث القهقهة على القياس والرأي , وقدم حديث الوضوء بنبيذ التمر في السفر مع ضعفه على الرأي والقياس ومنع قطع السارق بسرقة أقل من عشرة دراهم والحديث فيه ضعف , وترك القياس المحض في مسائل الآبار للآثار فيها غير مرفوعة, فتقديم الحديث الضعيف وأثار الصحابة على القياس والرأي قوله , وقول الإمام أحمد", ثم خلص إلى القول "أن المقصود : أن السلف جميعهم على ذم القياس المخالف للكتاب و السنة وانه لا يحل العمل به ولا فتيا ولا قضاء , وأن الرأي الذي لا يعلم مخالفته

(1) المصدر نفسه: 3|3.

للكتاب والسنة ولا موافقته , وغايته أن يسوغ العمل به عند الحاجة إليه من غير إلزام ولا إنكار على من يخالفه"[1].

وفي الفقرة الأخيرة من كلامه إشارة واضحة إلى الارتباط القائم بين الاستحسان والمصلحة المرسلة , ولا بد أنه يعني بقوله: ولا يعلم موافقته : ما لا يعلم موافقته عن طريق وجود شاهد خاص –أصل معين–.

ومما يؤكد أنه أراد بالقياس ما سلف ذكره قوله:

"ليس في الشريعة شيء على خلاف القياس , وإن ما يظن مخالفته بالقياس فأحد الأمرين لازم فيه ولا بد : إما أن يكون القياس فاسداً , أو يكون ذلك الحكم لم يثبت بالنص كونه من الشرع"[2] ثم ذكر أنه سأل شيخه ابن تيمية عن مراد كثير من الفقهاء بقولهم :

هذا خلاف القياس كالسلم والإجارة والمضاربة والقرض وصحة صوم الأكل الناسي .... وغيرها.

فأجاب شيخه – على ما ذكر ابن القيم– على ذلك ومن جملة ما قاله : "القياس الصحيح لا تأتي الشريعة بخلافه, وحيث جاءت الشريعة باختصاص بعض الأحكام بحكم بفارق نظائره فلابد أن يختص ذلك النوع بوصف يوجب اختصاصه بالحكم و يمنع مساواته لغيره, لكن الوصف الذي اختص به ذلك النوع, قد يظهر لبعض الناس وقد لا يظهر, وليس من شرط القياس الصحيح أن يعلم بصحته كل احد", ثم قال ابن تيمية:

---

([1]) أعلام الموقعين :1|77.
([2]) المصدر نفسه: 1|283.

"فمن رأى شيئاً في الشريعة مخالفاً للقياس فإنما هو مخالف للقياس الذي انعقد في نفسه وليس مخالفا للقياس الصحيح الثابت في نفس الأمر"[1].

أقول: إن قول ابن تيمية مطابق تماماً لما تقدم ذكره من كلام القائلين بالاستحسان حول القيد الموضوع في العلة التامة وهو (التأثير), وهو مطابق تماماً أيضاً لمقولة الحنفية والتي يوافقهم فيها غيرهم من القائلين بالاستحسان وهي:

"إن تعارض قياسين صحيحين في الواقع ممتنع وإنما يقع التعارض لجهلنا بالصحيح والفاسد".

وأستطيع القول بعدما تقدم أن : استحسان المثبتين غير مراد بإنكار ابن القيم ولا يخفي ما لهذه الفظة من دور في إثارة الرفض .

---

([1]) أعلام الموقعين : 1|284.

# الفصل الثاني
# أنواع الاستحسان
# ونماذج من تطبيقاته

وفيه مبحثان:

المبحث الأول : أنواع الاستحسان

المبحث الثاني : نماذج من تطبيقات الاستحسان

## المبحث الأول
## أنواع الاستحسان

**تمهيد**

المراد بأنواع الاستحسان عند إطلاقها هو أنواعه بحسب سنده ووجه استحسانه وهو المقصود هنا بالدرجة الأساس , ومع ذلك فإن الاستحسان لا يتنوع بالاعتبار المذكور فقط بل باعتبارات أخرى أيضاً.

**أولاً. بحسب ما عدل عنه وما عدل إليه**

ذهب الشيخ خلاف إلى أن الاستحسان بهذا الاعتبار ثلاثة أنواع:

النوع الأول: ما كان عدولاً من مقتضى قياس ظاهر إلى مقتضى قياس خفي.

النوع الثاني: ما كان عدولاً من حكم كلي إلى حكم استثنائي.

النوع الثالث: ما كان عدولاً عن مقتضى نص عام إلى حكم خاص.

وظاهر من هذا التقسيم أن القياس الخفي جعل نوعا من أنواع الاستحسان على اعتبار أن الحكم الثابت به ليس استثناء , وهذا وإن كان موافقاً لما أصطلح عليه جمهور الحنفية بشأن القياس الخفي, إلاّ أنه في حقيقته أعم وأشمل من ذلك وقد سبق بيان أن القياس الخفي هو المعنى المؤثر نفسه الذي هو الباعث على العدول وبهذا الاعتبار يندرج ضمنه جميع أنواع الاستحسان حتى الثابت منها بالنص والإجماع , لأن ذلك المعنى المؤثر هو مقصود الشارع الحكيم وهو الحكمة, وان النص والإجماع مشتملان على الحكمة قطعاً, غير أن هذا المعنى لا يسمى قياساً عندما يحتويه نص أو إجماع.

وكذلك شامل للضرورة على اعتبار: إن عدم الضرورة , وعدم الحرج من مقاصد الشارع وقد جعلا قيداً (خفياً) في كل علة تحت عنوان (التأثير), ولقد تم بيان ذلك في أكثر من موضع نظراً لأهميته.

**ثانياً. باعتبار وجود علة القياس في موضع الاستحسان وعدم وجودها**

وهذا راجع إلى ما تقدم وخلاصته:

إن علة القياس قد تكون منتفية في موضع الاستحسان وقد تكون موجودة لكنها تسقط بما هو أقوى منها , فالأول هو المقصود باستحسان المفارقة, والثاني هو المقصود باستحسان التخفيف أو استحسان الرفق على ما ذكر ابن رشد من المالكية وهذا موافق لتقسيم جمهور الحنفية للاستحسان غير المستند إلى النص والإجماع , إذ اقتصروا على ذكر القياس الخفي , واستحسان الضرورة , على أن استحسان الضرورة عند بعض الحنفية يعد من استحسان المفارقة أيضاً بناءً على أن عدم حرج

جزء من العلة ومتى وجد الحرج انعدمت العلة وحيث انعدمت علة القياس دخل موضع الاستحسان ضمن مقتضيات قياس آخر وفارق نظائره من محال اطراد القياس المتروك, وهذا ما عليه الجميع من الناحية الفعلية , لأنه لم يقل احد بوجود معارضة حقيقية بين القياس المعدول عنه والقياس المعدول إليه .

وقد سبق من كلام الأصوليين فيما يتعلق بموقع الاستحسان من تخصيص العلة ما يعني عن التفصيل هنا.

وإذا تمهد ذلك فإني أتكلم بعد ذلك على أمرين كل منهما في مطلب.

المطلب الأول: أنواع الاستحسان باعتبار سنده ووجه استحسانه.

المطلب الثاني: أساس التنويع في الاستحسان.

## المطلب الأول

## أنواع الاستحسان باعتبار سنده ووجه استحسانه

اختلفت عبارات المثبتين لحجية الاستحسان بشأن أنواعه , بحيث لا نجد اتفاقا على تحديد تلك الأنواع حتى بين علماء المذهب الواحد , ومن هنا فإني استعرض ابرز ما قالوه بهذا الخصوص مع ذكر أهم ما يلاحظ من كل تقسيم إذا رأيت حاجة تدعو إلى ذلك , ومن ثم أحدد منشأ هذا الاختلاف بحسب ما أراه , وسأبدأ بإيراد مقالات الحنفية , وأعقبها بذكر ما وجدته من تقسيمات علماء المالكية , ومن بعدهم الحنابلة , ثم أذكر بإيجاز أبرز ما قاله الباحثون المعاصرون وذلك في أربعة فروع.

## الفرع الأول

## أنواع الاستحسان عند الحنفية

جعل جمهور الحنفية الاستحسان أربعة أنواع هي[1]:

1. استحسان سنده النص.
2. استحسان سنده الإجماع.
3. استحسان سنده الضرورة.
4. استحسان سنده القياس الخفي.

ومما مثلوا به للأول : نص السلم , والثاني: الاستصناع, وللثالث: الحكم بطهارة الآبار إذا وقعت فيها النجاسة, وللرابع: بطهارة سؤر سباع الطير.

وذكر آخرون منهم تقسيمات أخرى , هي ما يأتي:

(1) ذكر الجصاص للاستحسان الأنواع الآتية:

أ. استحسان سنده النص.

ب. استحسان سنده الإجماع.

جـ. استحسان سنده القياس.

د. استحسان سنده عمل الناس.

---

([1]) تقويم أصول الفقه: مخطوط, ورقة 837, وأصول السرخسي: 2|202-203, و التوضيح و التلويح: 2|82, وكشف الأسرار على أصول البزدوى: 4|2, 5, و التقرير و التحبير: 3|222 وما بعدها, و المنار وشرحه (كشف الأسرار) للنسفي: 2|290, وبأسفله نور الأنوار على المنار: نفس الإشارة, وفتح الغفار على المنار لابن نجيم: 3|33, والمغني في أصول الفقه للخبازي: 308.

وفي هذا التقسيم ظهر لنا عنوان خامس لأنواع الاستحسان, هو الاستحسان بعمل الناس, أي الاستحسان الذي سنده عمل الناس.

غير أن ما مثل به الجمهور لاستحسان الضرورة مثل به لاستحسان الإجماع , وما مثل به الجمهور لاستحسان الإجماع ذكره على انه استحسان لعمل الناس.

وبين مراده بعمل الناس قائلا:

"إن السلف من الصحابة والتابعين قد كانوا يشاهدون الناس يفعلون ذلك فلم يظهر من أحد منهم نكير على فاعله فصار ذلك إجازة منهم له وإقراراً لهم عليه , إذ كانوا هم الآمرين بالمعروف والناهين عن المنكر كما وصفهم الله تعالى به"[1].

ولا يخفى أن الجصاص يريد بعمل الناس : الإجماع السكوتي, وعلى هذا فإن مراده بالإجماع يكون الإجماع الصريح .

(2) قسم أبو الحسن الكرخي الاستحسان كما نقله عنه الغزالي في المنخول والزركشي في البحر المحيط على أربعة أقسام[2]:

1. إتباع الحديث وترك القياس: ومثاله حديث القهقهة[3].
2. إتباع قول الصحابي على خلاف القياس, وذلك مثل تقدير أجرة رد العبد الآبق بأربعين, إتباعا لابن عباس رضي الله عنهما .

---

([1]) أصوله: ورقة 279.

([2]) المنخول: 375-376, والبحر المحيط: 6|92.

([3]) أمثلة الاستحسان بالنص في مبحث التطبيقات.

3. إتباع عادات الناس وما يطرد به عرفهم ومثاله: استحسان الحكم بصحة المعاطاة , وذلك على اعتبار أن الإعصار لا تنفك عنه ويغلب على الظن جريانه في عصر الرسول صلى الله عليه وسلم.

4. إتباع معنى خفي هو اخص بالمقصود وامس له من المعنى الجلي. ومثل لذلك: بإيجاب الحد بشهود الزوايا[1].

ويلاحظ من هذا التقسيم ما يأتي:

**أولاً.** أنه قصر استحسان النص على ما كان بالحديث وهذا ما يؤيده الواقع التطبيقي للمسائل الاستحسانية , وقد أطلق بعض الباحثين المعاصرين عبارة استحسان السنة بدلا من استحسان النص[2].

**ثانياً.** انفرد الكرخي من الحنفية فيما اعلم بذكر إتباع قول الصحابي المخالف للقياس كنوع مستقل , ولكن هذا النوع يفهم من كلام بعضهم, حيث أطلق بعضهم (الاستحسان بالأثر) بدلاً من (الاستحسان بالنص)[3].

وتجدر الإشارة إلى أن ابن العربي المالكي صرح بأن الإمام أبا حنيفة يستحسن بقول الصحابي[4].

وغرضي مما تقدم : أن جمهور الحنفية لا يذكرون ما نحن بصدده ضمن أنواع الاستحسان , وإلاّ فإن هنالك مسائل استحسن فيها الحنفية بقول الصحابي .

---

([1]) أمثلة الاستحسان بالقياس الخفي.
([2]) أصول الفقه للشيخ أبي زهرة: 216.
([3]) كشف الأسرار على المنار: 2|290, وفتح الغفار: 3|33.
([4]) أحكام القرآن: 2|755.

وعلى أية حال فإن إتباع الحديث و إتباع قول الصحابي كل ذلك داخل ضمن الاستحسان بالنص , عند من يحتج بقول الصحابي, وذلك لان قول الصحابي يدخل ضمن مفهوم الحديث عند جمهور المحدثين, ومن هنا نجد بعض التقسيمات للحديث قد جعلت الموقوف قسيماً للمرفوع . ومعلوم أن الحديث المرفوع هو الحديث الذي انتهى استناده إلى النبي صلى الله عليه وسلم , وأما الحديث الموقوف فهو الحديث الذي انتهى إسناده إلى الصحابي ووقف عنده.

**ثالثاً.** صرح الكرخي أيضاً بذكر استحسان العرف كنوع مستقل من أنواع الاستحسان وقد سبقت في تقسيم الجصاص الإشارة إلى ذلك, حيث ذكر نوعاً من أنواع الاستحسان : سنده عمل الناس لكن لم يجعل السند العمل نفسه وإنما جعل سند الاستحسان سكوت العلماء في مختلف العصور عن الإنكار فكان إجماعاً سكوتياً سنده العرف, وأما تقسيم الكرخي فقد جعل سند الاستحسان العرف نفسه.

ومن تقسيم الكرخي ظهر لنا عنوان سادس هو : الاستحسان بالعرف, أي الاستحسان الذي سنده العرف.

(3) ذكر التفتازاني للاستحسان أنواعاً ثلاثة هي[1]:

1. الاستحسان الذي سنده النص.
2. الاستحسان الذي سنده الإجماع.
3. الاستحسان الذي سنده القياس الخفي.

---

([1]) التلويح على التوضيح: 2|81-82, ومع حاشية الغزي: 3|3.

أما استحسان الضرورة فلم يتعرض لذكره , وقد نبه الغزي في حاشيته على التلويح إلى ذلك وقال: لو قال الضرورة لكان أحسن.

ولم يبين التفتازاني وجه عدم ذكره استحسان الضرورة, هل يعده راجعاً إلى استحسان الإجماع باعتبار كون الضرورة مستندة على ما هو عليه الحال في معظم المسائل الاستحسانية المستندة إلى الإجماع, أو أنه يعده راجعاً إلى القياس الخفي؟

وأرى في كلام ابن عبد الشكور – صاحب مسلم الثبوت– الآتي بعض الجواب وهو :

ذكر الأنصاري – صاحب فواتح الرحموت – الأنواع الأربعة التي ذكرها الجمهور لكن ابن عبد الشكور قال معقباً على ما مثل به الأنصاري لاستحسان الضرورة وهو الحكم بطهارة الحياض والآبار بعد تنجسها:

"إن القياس يقتضي أن لا تطهر أبدا لبقاء الماء النجس ولو قليلاً, وكذا أرضه بجس لم يستعمل فيه المطهر ، إلاّ أنه حكم بالطهارة للضرورة, والوقوف في الحرج العظيم ثم قال:

"ثم هذه الضرورة إما راجعة إلى الإجماع والضرورة مستندة أو إلى القياس الخفي"[1].

وأرى أن تفسير هذين الاحتمالين على درجة كبيرة جداً من الأهمية وبوجه خاص الاحتمال الثاني لأن فيه تصريحاً باندراج الضرورة ضمن القياس الخفي , ولهذا أبين فيما يأتي حقيقة وجه هذين الاحتمالين, وقبل ذلك أبين المراد بالضرورة. ومن هنا سأوزع الكلام على فقرات ثلاث هي:

---

([1]) فواتح الرحموت ومسلم الثبوت: 2|320–321.

الفقرة الأولى: معنى الضرورة.
الفقرة الثانية: تفسير وجه اندراج الضرورة في استحسان الإجماع.
الفقرة الثالثة: تفسير وجه اندراج الضرورة ضمن القياس الخفي.

**الفقرة الأولى : معنى الضرورة في اصطلاح الأصوليين**

الغرض من هذه الفقرة بيان حقيقة ما عناه الحنفية بالضرورة التي هي نوع من أنواع الاستحسان, ولكن لما تقاربت أقوال الجميع في بيان معنى الضرورة لم أر تخصيص الحنفية بالذكر في العنوان , مع أني وجدت لبعض علماء الحنفية تفسيراً للضرورة لم أجد مثله – في حدود علمي– عند غيرهم , وقبل أن أذكر أبرز ما قاله العلماء الحنفية منهم بوجه خاص في بيان معنى الضرورة , أذكر معنى الضرورة في اللغة .

**أ. معنى الضرورة في اللغة**

الضرورة في اللغة شدة الحال , وهي مشتقة من الضرر, والاضطراب هو الإلجاء[1].

**ب. الضرورة في اصطلاح الفقهاء و الأصوليين**

قال السيوطي في الأشباه:

الضرورة هي: أن يبلغ الإنسان حداً إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب[2].

وفسرها ابن جزى من المالكية بخوف الموت[1].

---

([1]) كتاب العين: 7|7, ولسان العرب: 2|525 – الطبعة المرتبة حسب الحروف الهجائية – والتعريفات للجرجاني: 102, والمختار من صحاح اللغة: 300.
([2]) الأشباه والنظائر: 85.

والجباني وأبنه : يخوف التلف[2].

وفسرها الجصاص من الحنفية بأنها:

خوف الضرر, أو الهلاك على النفس أو الأعضاء بترك الأكل[3].

وأرى أن أدق ما قيل في تفسير الضرورة ما ذكره الجرجاني إذ قال: الضرورة مشتقة من الضرر وهي – أي الضرورة– : "النازل مما لا مدفع له"[4].

وبقريب من ذلك فسرها بعض الحنفية, إذ وصفوها بأنها: التي لا يمكن معها الوقوف على الحقيقة أصلا.

وواضح من هذا التفسير والذي قبله أن الضرورة حقيقة هي: ما يتعذر تحقيق المقصود معها, وعلى هذا يكون بين الضرورة, والحرج عموم وخصوص مطلق, أي أن كل ضرورة حرج , وليس كل حرج ضرورة , لأن الحرج أو المشقة قد لا يبلغان مرتبة الضرورة , ولقد سبق الكلام على مراتب المشقة ولا أعود إلى ذكرها , وسيوضح ما تقدم ما نص عليه بعض علماء الحنيفة في بيان الفرق بين الضرورة والحرج , قال في شرح نور الأنوار على المنار ما نصه:

"والفرق بين الضرورة ودفع الحرج: انه في الضرورة و العجز لا يمكن الوقوف على الحقيقة أصلا, وفي دفع الحرج يمكن ذلك مع وقوع مشقة"[1].

---

([1]) القوانين الفقهية: 178.

([2]) أحكام القرآن لابن العربي: 1|55.

([3]) أحكام القرآن: 1|150.

([4]) التعريفات: 102.

وأرى أن هذه الضرورة هي التي يعبر عنها الفقهاء – في كثير من الأحكام التي استثنيت من نظائرها – بـ "ما لا يمكن الاحتراز عنه"[2].

وما من شك في أن الحرج العظيم يدخل ضمن هذه الضرورة ، فالامتناع عن أكل الميتة للمضطر غير ممكن لأنه يؤدي إلى تلف النفس أو العضو ، أو يقرب من ذلك .

وأستطيع القول بعد هذا: أن إدراج كل حرج ضمن الضرورة لا يظهر له وجه. فإن قيل : أن الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة ، أقول :

هذا صحيح لكن هذا تنزيل للحاجة منزلة الضرورة حكماً لا أنها ضرورة حقيقية .

---

([1]) شرح نور الأنوار على المنار: 2|435.

([2]) أوردت عدة أمثلة لهذا النوع ضمن استحسان الضرورة , والواقع أن جمهور الحنفية مثلوا لاستحسان الضرورة بطهارة الآبار إذا وقعت فيها النجاسة ، وهم يقولون أن الطهارة الحقيقية لا يمكن تحقيقها بخصوص تلك الآبار لأنه لا يمكن صب الماء منه ليطهر وكذا الماء داخل فيه أو الذي ينبع من البار تتنجس بملاقاة النجس . انظر لهذا المثال ولعباراتهم الصريحة بهذا الشأن . أصول الجصاص : ورقة 297، وما بعدها، وكشف الأسرار على أصول البزدوي:4|6.

**الفقرة الثانية : بيان وجه إرجاع استحسان الضرورة إلى استحسان الإجماع**

إذا كانت الضرورة بالمعنى السالف الذكر وهي التي يتعذر معها تحقيق المقصود الذي هو تطبيق مقتضى الدليل أو القياس ، أو القاعدة فإن جواز ترك العمل بذلك الدليل يكون موضع إجماع بل يكون بمثابة المنصوص علية ، لهذا يقول السرخسى:

"إن موضع الضرورة منصوص أو مجمع عليه"(1).

ومن هنا يقول عبدالعزيز البخارى وغيره :

"إن للضرورة أثراً في سقوط التكليف"(2).

**الفقرة الثالثة: بيان وجه إرجاع استحسان الضرورة إلى القياس الخفي**

من الممكن تفسير الإرجاع المذكور بالتفسيرين الآتيين :

**التفسير الأول**

إن حالة الضرورة إذا كانت منصوصة فلا تكون حينئذ من الاستحسان إذ لو كانت من الاستحسان لكان ينبغي تسميتها باستحسان النص ، وحيث سموه باستحسان الضرورة فهذا يعنى أن الحالة غير منصوصة(3)، وحينئذ يتم إثبات الحكم عن طريق القياس ، ومن ثم يكون الجامع بين موضع الاستحسان والحالات المنصوص عليها بخصوص الضرورة ، الجنس الذي هو مطلق الضرورة وقد سبق أن بينت أن الجامع

---

(1) أصولة:2|213.

(2) كشف الأسرار على أصول البزدوى:4|6.

(3) فالقول بجواز أكل لحم ميتة للمضطر لا يعتبر استحساناً ، لأن هذه حالة منصوصة، لكن لو فرضنا وجود من يقول بجواز التداوى بالمرحم للضرورة ، لكان ذلك استحساناً.

في الاستحسان بالقياس الخفي ، هو الجنس الذي هو مطلق المصلحة، معلوم انه متى قلنا أن الجامع هو مطلق المصلحة فإن ذلك يعني – حتماً – وجود التفاوت من حيث الصورة بين الوصف في الأصل وبين الوصف في الفرع ومن ثم لا يكون الأصل متبادراً . ولقد سبق تفصيل ذلك .

**التفسير الثاني**

مرّ بيان أن القياس الخفي في حقيقة معنى خفي استنبط في محل وظهر اعتباره شرعاً في محل أو محال أخرى وعلى هذا الأساس يمكن القول باندراج استحسان الضرورة في القياس الخفي بداء على أن (عدم الضرورة) قيد خفي موضوع في كل علة وهو جزء من العلة أو شرط لظهور أثرها على الاختلاف الذي حصل بين العلماء بشأن موقع الاستحسان من تخصيص العلة .

وأوضح ما تقدم أكثر وأقول:

أنه لما ثبت بجملة من النصوص اعتبار الضرورة في سقوط التكليف ظهر أن مطلق الضرورة هو جزء من كل علة والعملية القياسية ظاهرة في هذا التكيف ولا تحتاج إلى تفصيل أكثر .

وتجب الإشارة إلى أن القياس الخفي على هذين التفسيرين إذا كان شاملاً لاستحسان الضرورة بالمعنى المذكور فإنه يكون شاملاً أيضاً للحرج غير البالغ مرتبة الضرورة ، أو بعبارة أخرى يكون شاملاً للمشقة غير العظيمة .

وأرى أن هذا التفسير الواسع للقياس الخفي هو المراد بقول من عرف الاستحسان بأنه: (القياس الخفي) أو أنه (تعليق الحكم بالمعنى الخفي).

ولا يخفي أن القياس الخفي بهذا المعنى الواسع يكون شاملاً لما سماه المالكية بالقياس المرسل وقد سبق الكلام عليه .

(3) في الوقت الذي وجدنا بعض الأصوليين من الحنفية يرون رجوع الضرورة إلى الإجماع نجد بعضهم لا يذكر استحسان الإجماع أصلاً فقد ذكر السمرقندي الأنواع الثلاثة الآتية للاستحسان ، وهي[1]:

1. استحسان سنده النص .
2. استحسان سنده الضرورة.
3. استحسان سنده المصلحة.

وفي هذا التقسيم ظهر لنا عنوان آخر هو استحسان بالمصلحة ، أي الذي سنده المصلحة .

ويمكن القول بأن السمرقندي رأى أن الإجماع الذي ذكره الجمهور مستنده الضرورة ولهذا لم يذكره ، وأما استحسان المصلحة فالظاهر أنه أراد به الاستحسان بالمصالح غير البالغة مرتبة الضرورة.

**حصيلة التقسيمات السابقة**

تحصل لنا بما تقدم من أقوال الحنفية بشأن أنواع الاستحسان العناوين السبعة الآتية للاستحسان عند الحنفية وهي الآتية:

---

(1) ميزان الأصول :2|900.

1. الاستحسان بالنص: ويدخل ضمن هذا القسمان الأولان من تقسيم الكرخي اللذان عبر عنهما بقوله : إتباع الحديث وترك القياس, وإتباع قول الصحابي على خلاف القياس.
2. الاستحسان بالإجماع .
3. الاستحسان بالضرورة.
4. الاستحسان بعمل الناس
5. الاستحسان بالقياس الخفي .
6. الاستحسان بالمصلحة.
7. الاستحسان بالعرف.

وقد ذكر الحنفية نوعاً آخر للاستحسان في جزئيات المسائل الاستحسانية وهي الاستحسان بمراعاة الخلاف[1],

وسأوجز الكلام فيه أثناء بيان أنواع الاستحسان عند المالكية وذلك لأن الشاطبي وحده – في حدود علمي – ذكره نوعاً مستقلاً أثناء عرضه أنواع الاستحسان وما يمكن قوله هنا بشأن علاقة هذه الأنواع ببعضها أن الاستحسان بعمل الناس إجماع سكوتي ، والإجماع السكوتي نوع من أنواع الإجماع فيدخل ضمنه , وأما بالنسبة إلى سائر الأقسام الأخرى فإن تحديد علاقتها ببعضها متوقف على ما يراد بالضرورة , وما يراد بالقياس الخفي ولهذا أؤجل الكلام في هذا إلى المطلب الخاص بيان أساس الاختلاف بين المثبتين لحجية الاستحسان في تنويع الاستحسان.

---

(1) الهداية:3|283.

## الفرع الثاني

## أنواع الاستحسان عند المالكية

ذكر ابن العربي للاستحسان أنواعاً أربعة , وهي[1]:

1. ترك الدليل للعرف : ومثل لذلك برد الإيمان إلى العرف.
2. ترك الدليل للمصلحة : ومثل له بتضمين الأجير المشترك.
3. ترك الدليل للإجماع : ومثل له بإيجاب الغرم على من قط ذنب بغلة القاضي مع أن القياس يقضي بتضمينه قيمة النقص الحاصل فقط.
4. ترك الدليل في اليسير لتفاهته لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق أورد الشاطبي هذا التقسيم لابن العربي وضمّ إليه قسما خامسا هو:
5. الاستحسان بمراعاة الخلاف ، وسيأتي تفصيله لاحقاً .

وما أراه جديراً بالذكر هنا ما يأتي:

**أولاً.** ليس عند المالكية ما يسمى استحسان النص كما هو الحال بالنسبة إلى الحنفية , والحنابلة.

**ثانياً.** إن عدّ استحسان الإجماع من أنواع الاستحسان عند المالكية موضع النظر لما يأتي:

1. لم اعثر في حدود المصادر المتوفرة على مسألة استحسن فيها المالكية بالإجماع كما أني لم اعثر على قول لأحد علماء المالكية – فيما عدا أبن العربي – يدل على وجود مثل هذا نوع من الاستحسان عند المالكية .

---

([1]) الموافقات :4|206, والاعتصام :2|139 وما بعدها, وسيأتي تفصيل هذه أمثلة في التطبيقات.

2. علاوة على ما تقدم فإن المثال الذي أورده ابن العربي ليس محل إجماع فقد ذكر الشاطبي: أن المسألة ذات قولين في المذهب المالكي وغيره و بناءا على ذلك قال : إن الإجماع الذي ادعاه ابن العربي مما ينظر فيه[1].

والواقع أن المثال المذكور هو لاستحسان المصلحة وسأورده ضمن أمثلته , على أنه تجب الإشارة إلى أني لم أعثر على ما يؤيد وجود عرف أهل المدينة بخصوص هذه المسألة حتى يصلح أن يجعل تفسيرا للإجماع الذي أطلقه ابن العربي.

وأرى من المناسب هنا أن الذكر المقصود بالاستحسان بمراعاة خلاف العلماء , وإنما رأيت ذكره هنا لاختلافه من بعض الجوانب عن سائر الأنواع الأخرى للاستحسان فأقول :

أورد الشاطبي هذا النوع على انه من جملة أنواع الاستحسان عند المالكية وقال أنه أصل في مذهب مالك ينبني عليه مسائل كثيرة, وخلاصة ما قاله في هذا النوع ما يأتي[2]:

إن القاعدة المتبعة في استنباط الأحكام من قبل المجتهدين : انه متى ترجح عند المجتهد أحد دليلين على الآخر ولو بأدنى وجوه الترجيح وجب التعويل عليه وإلغاء ما سواه , ورجوع المجتهد حينئذٍ إلى قول غيره يعدّ إعمالاً للدليل المرجوح عنده وإهمالاً للدليل الراجح والواجب عليه إتباعه .

---

([1]) الاعتصام : 2|142.
([2]) المصدر نفسه :2|145-150.

لكن الإمام مالكاً – والحنفية – راعو أحياناً دليل من يخالفهم من المجتهدين في بعض جزئيات المسألة الواحدة عندما رأوا لدليل من يخالفهم وجها هذا ما ذكره الشاطبي بشأن الإمام مالك وأورد أمثلة عدة أورد فيما يأتي بعضا منها :

ذهب الإمام المالك إلى أن الماء اليسير إذا حلت فيه النجاسة اليسيرة ولم يتغير أحد أوصافه فإنه لا يتوضأ به بل يترك ويتيمم , لكن إذا توضأ به شخص وصلى : أعاد الوضوء والصلاة مادام في الوقت , ولم يعد بعد الوقت[1], قال الشاطبي : وإنما قال : يعيد في الوقت مراعاة لقول من يقول أنه طاهر مطهر ويرى جواز الوضوء به ابتداءً, وكان قياس هذا القول أن يعيد أبداً لأنه توضأ بماء يصلح له تركه والانتقال عنه إلى التيمم.

وقد تساءل الشاطبي عن وجه هذا النوع من الاستحسان وعلامّ تبنى من قواعد الأصول؟ وذكر أنه راجع بهذا الشأن بعض العلماء منهم أبو العباس بن القباب وأن أبا العباس قد بين له ذلك من خلال كتاب بعثه إليه , ومن ضمن ما ورد فيه: "قلتم ويعني به الشاطبي – : أن رجحان إحدى الإمارتين على الأخرى اقتضى عدم المرجوحة مطلقاً , واستشنعتم أن يقول المفتي : هذا لا يجوز ابتداءً وبعد الوقوع يقول بجوازه لأنه يصير الممنوع إذا فعل جائزاً وقلتم إنما يتصور الجمع في هذا النحو في منع التنزيه لا منع التحريم إلى غير ذلك مما أوردتم في المسألة .

---

([1]) وهذه رواية ابن القاسم عن الإمام مالك, ذكرها الباجي دون الإشارة إلى مراعاة الخلاف, انظر: المنتقي: 1|57, ولآراء العلماء في هذه المسألة : المغني:1|19 وما بعدها, والهداية : 1|18.

ثم ذكر أبو العباس أدلة عدة من السنة وفتاوى كثير من الصحابة على جواز ذلك , ومن جملة ما ذكره .

**أولاً.** قوله صلى الله عليه وسلم : "أيما امرأة نكحت بغير أذن وليها فنكاحها باطل (ثلاثاً) فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها"[1].

قال ابن عباس : إن رسول صلى الله عليه وسلم حكم أولاً ببطلان العقد وأقل مقتضياته عدم اعتبار هذا العقد جملة لكنه صلى الله عليه وسلم عقب بما اقتضى اعتباره بعد الوقوع بقوله : "فالمهر لها بما أصاب منها"

**ثانياً.** امرأة تزوجها رجلان ولم يعلم الآخر بتقدم نكاح غيره إلاّ بعد أن دخل بها , فأبانها عمر بن الخطاب ومعاوية والحسن رضي الله عنهم على الزوج الأول .

قال أبو العباس مخاطباً الشاطبي :

وكل ما أوردتم في قضية السؤال وارد عليه فإنه إذا تحقق أن الذي لم يبن هو الأول فدخول الثاني دخول بزوج غيره , وكيف يكون غلطه على زوج غيره مبيحاً على الدوام ومصححاً لعقدة الذي لم يصادف محلاً ومبطلاً لعقد نكاح مجمع على صحته لوقوعه على وفق الكتاب والسنة ظاهراً وباطناً ؟ قال:

وإنما المناسب أن اللغط يرفع الإثم والعقوبة عن الغالط لا إباحة زوج غيره دائما ومنع زوجها منه :

---

(1) سنن بن ماجة :1|605, والسنن الكبرى : 7|105, 107, والمستدرك: 2|168.

**ثالثاً**. ومثل ما تقدم قول العلماء[1] في مسألة امرأة المفقود: أنه إذا قدم المنقود قبل نكاحها فهو أحق بها وإن كان بعد نكاحها والدخول بها بانت عن الأول.

**رابعاً**. روي عن عمر وعثمان رضي الله عنهما أنهما قالا : إذا قدم المفقود يخير بين امرأته وصداقها فإن اختار صداقها بقيت للثاني, قال أبو العباس : فأين هذا من القياس؟ وقد صحح ابن عبدالبر هذا النقل عن الخليفتين عمر وعثمان رضي الله عنهما ونقل عن على رضي الله عنه أنه قال بمثل ذلك أو أمضى الحكم به وإن كان الأشهر عنه خلافه , ومثله في قضايا الصحابة كثير من ذلك .

ثم ذكر أبو العباس مسائل أخرى وخلص إلى القول:

"أنه متى خرجت المسالة المختلف فيها إلى أصل مختلف فيه فقد خرجت عن حيز الأشكال ولم يبق إلاّ الترجيح لبعض تلك المسائل, ويرجح كل أحد ما ظهر له بحسب ما وفق له".

وواضح من كلام الشاطبي أن وجه التسمية بالاستحسان هو لكون الطريقة المذكورة في الاستنباط مخالفة للقواعد والأصول المتبعة في استنباط الأحكام وهي القاضية بإتباع الدليل الراجح عند المجتهد و إلغاء ما سواه, لكن وجه الاستحسان الحقيقي على ما يظهر من الأمثلة التي

---

([1]) يقصد بالعلماء هنا علماء المالكية وإلاّ فإن الذي ذهب إليه الإمام احمد وهو المنقول عن الخلفاء الراشدين أن للأول الرجوع إليها إذا اختار ذلك سواء قبل دخول الثاني أو بعده. انظر لأستاذنا الدكتور هاشم جميل عبدالله : مسائل من الفقه المقارن: 2|139, ولما يتعلق بهذا المثال أيضاً الأشباه والنظائر للسيوطي: 367.

أوردها أبـو العبـاس هـو : تقريـر مـا هـو منهـي عنـه بعـد وقوعـه رعايـة لمصـلحة , ولا تعـارض بـين هـذا وذاك, وبهـذا فـإن الاستحسـان بمراعـاة خلاف العلماء يدخل ضمن استحسان المصلحة من حيث الجملة .

هذا وقد سبقت الإشارة إلى أن الحنفية قالوا أيضاً بهذا النوع من الاستحسان.

## الفرع الثالث

## أنواع الاستحسان عند الحنابلة

ظهر من تعريف بعض الحنابلة كابن قدامة أن الاستحسان عندهم نوعان :

الاستحسان بالكتاب , والاستحسان بالسنة .

ولكن ذكر القاضي أبو يعلى للاستحسان أنواعاً أربعة هي[1]:

(1) **الاستحسان بالكتاب** , ومثل لذلك:

بقبول شهادة أهل الكتاب على المسلمين في الوصية في السفر عند عدم وجود مسلم وذلك لقوله تعالى: "شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض فأصابتكم مصيبة الموت"[2].

(2) **الاستحسان بالسنة** , ومثل لذلك بقولهم:

---

([1]) الفكر الأصولي: مصدر سابق, 288 نقلا عن العدة –مخطوط– وأيضاً المغني: 10|206.

([2]) سورة المائدة: 106.

فيمن غصب أرضاً وزرعها , فإن الزرع لرب الأرض وعلى صاحب الأرض النفقة لصاحب الزرع وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: "من زرع في أرض قوم فالزرع لرب الأرض وله نفقته"[1].

ثم قال , والقياس يقضي بأن يكون الزرع لزارعه.

(3) **الاستحسان بالإجماع** , ومثل لذلك بقولهم:

بجواز سلم الدراهم و الدنانير في الموزونات , مع أن القياس يأبى ذلك لوجود الصفة المضمومة إلى الجنس وهي : الوزن.

(4) **الاستحسان بالاستدلال** ، بترجح شبه بعض الأصول على بعض:

ولم يورد لهذا مثالاً , وأرى أن هذا هو المراد بالقياس الخفي, أو القياس المرسل ويرجع إليه ما يسمى باستحسان المصلحة والعرف.

## الفرع الرابع

## أنواع الاستحسان في نظر الباحثين المعاصرين

الاختلاف الذي حصل بين الأصوليين انعكس على تقسيمات الباحثين المعاصرين للاستحسان , لذا رأيت من المناسب عرض أبرز ما ذكره بهذا الخصوص قبل تحديد أساس الاختلاف بين الأصوليين .

جمع بعض الباحثين بين الأنواع المذكورة للاستحسان عند الحنفية و المالكية فأوصلها بذلك إلى ثمانية أنواع ، هي :

---

([1]) مسند الإمام احمد: 3|465 بلفظ: "من زرع أرضاً بغير أذن أهلها فله نفقته".

استحسان النص , والإجماع , والضرورة , والقياس الخفي , والعرف, والمصلحة والنزر اليسير , والاستحسان بمراعاة خلاف العلماء[1].

وحددها بعضهم بسبعة أنواع هي : استحسان النص , والإجماع. والضرورة , والقياس الخفي والاستحسان الذي سنده قوة الأثر, والمصلحة والعرف.

ومثلوا للقياس الخفي بدخول الحقوق الارتفاقية في وقف الأراضي الزراعية , وللاستحسان الذي سنده قوة الأثر باستحسان الحكم بطهارة سؤر سباع الطير لكونها تشرب بمنقارها وأن ذلك يمنع من اختلاط لعابها النجس بما تشرب[2].

والواقع أن قوة الأثر هي مدار الاستحسان على الإطلاق لأنها سند لنوع من أنواع الاستحسان.

وحددها بعضهم بستة أنواع[3], وذلك بإضافة استحسان العرف والمصلحة إلى الأنواع الأربعة التي ذكرها جمهور الحنفية , على أن بعضهم أرادوا باستحسان المصلحة : الاستحسان بالمصلحة المرسلة , وهذا مما ينظر فيه , لأن الاستحسان –غير المستند إلى النص والإجماع– بجميع أنواعه راجع إلى المصلحة المرسلة وإذا كان هنالك فرق

---

([1]) تعليل الأحكام : مصدر سابق: 348 وما بعدها.

([2]) أدلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها للدكتور عبد العزيز بن عبد الرحمن الربيعة: 182

([3]) مفهوم الفقه الإسلامي للأستاذ نظام الدين عبد الحميد 207 وما بعدها ودلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام للدكتور حمد عبيد الكبيسي: 122.

بين مسألة وأخرى فإنما هو في قرب الجنس- الذي هو الجامع – أو بعده , وقد سبق تفصيل ذلك .

وذكر آخرون أيضاً ستة أنواع لكنهم ذكروا الاستحسان بمراعاة الخلاف بدلا من القياس الخفي, أي أنهم ذكروا النص و الإجماع, والضرورة, والعرف, ومراعاة الخلاف[1].

وحددها بعضهم بخمسة أنواع بإضافة العرف إلى الأنواع الأربعة التي ذكرها جمهور الحنفية[2].

واقتصر بعضهم على ذكر نوعين للاستحسان هما: الاستحسان القياسي , واستحسان الضرورة .

ومثلوا للأول بوقف الأراضي الزراعية وللثاني بمثال سؤر سباع الطير بناءً على أنه لا يمكن صون الأواني منها لأنها تنقض من الهواء[3]. واختم هذا العرض بما قاله الشيخ خلاف بشأن أنواع الاستحسان ، فقد حدد أنواعه عند الحنفية بما يأتي[4]:

1. استحسان النص, ومما مثل به له: جواز السلم.
2. استحسان الضرورة ورفع الحرج, ومثل لذلك بطهارة الحياض والآبار واغتفار الغبن اليسير.

---

([1]) أصول الفقه: بدران أبو العينين: 300.

([2]) مناهج الاجتهاد في الإسلام: للدكتور محمد سلام مدكور: 274-275.

([3]) علم أصول الفقه: محمد معروف الدواليبي: 298, و المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية: 89-90 للأستاذ الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي , والدكتور حمد عبيد الكبيسي, ومحمد عباس السامرائي.

([4]) مصادر التشريع فيما لا نص فيه: 74-75.

3. الاستحسان بالقياس الخفي: ومثل له: بدخول الحقوق الاتفاقية في وقف الأراضي الزراعية.

وواضح هنا أنه لا يذكر استحسان الإجماع والظاهر أنه رأى أن مستنده الضرورة على ما سبق فيه الكلام.

وأما أنواع عند المالكية فقد حددها بثلاثة أنواع هي:

1. استحسان العرف: ومثل له برد الإيمان إلى العرف.
2. استحسان المصلحة: ومثل له بتضمين الأجير المشترك.
3. استحسان سنده رفع الحرج: ومثل له باغتفار الغبن اليسير في المعاملات والتسامح في التافه .

ثم أجرى مقارنة بين أنواعه عند الحنفية وأنواعه عند المالكية وقال:

تبين من المقارنة بين أنواع الاستحسان التي عدها الحنفية وأنواعه التي عدّها المالكية أنهم اتفقوا في نوعين: في الاستحسان الذي سنده العرف, وفي الاستحسان الذي سنده المصلحة , قال : لأن المصلحة تشمل ما سماه الحنفية بالضرورة وما سماه المالكية برفع الحرج , فالعدول عن الحكم الكلي الذي يقتضيه القياس عن عموم العام أو عن الحكم الكلي مراعاة للعرف أو للمصلحة أي جلب نفع أو دفع ضرر أو رفع حرج هو الاستحسان بالاتفاق بين القائلين به ثم خلص إلى القول: بأن الحنفية انفردوا بنوعين هما : استحسان النص, والاستحسان بالقياس الخفي.

أقول : ليس عند المالكية استحسان النص , وأما القياس الخفي المفهوم من مثاله فقد قال به المالكية أيضاً وهو ما عبر عنه ابن رشد باستحسان المفارقة, غير أنهم لم يتوسعوا في الأخذ به[1].

وبعد هذا أذكر أهم ما يلاحظ من تقسيمات الباحثين المعاصرين للاستحسان ، ويتلخص ذلك فيما يأتي:

1. إن أكثرهم يضيفون استحسان العرف و المصلحة إلى الأنواع الأربعة التي ذكرها جمهور الحنفية وكأنهم رأوا أن العرف والمصلحة قسيمان للضرورة والقياس الخفي , والواقع إن هذين النوعين راجعان إما إلى الضرورة , أو إلى القياس الخفي بمعناه الواسع لا بالمعنى الذي حصره فيه بعض الحنفية والذي هو الاستحسان بانعدام المعني المعين لقياس كما في مثال سؤر سباع الطير وعلى التفسير الأول المشار إليه في أكثر من موضع.

ومما يدل على شمول استحسان الضرورة والقياس الخفي لاستحسان العرف والمصلحة ما يأتي:

أ. تصريح بعضهم بذكر استحسان المصلحة[2] في وقتٍ لا يذكرون القياس الخفي. وفي ذلك إشارة إلى أن القياس الخفي شامل لهما, ويحتمل أنهم رأوا إندراجهما ضمن الضرورة على التفصيل الذي يأتي.

2. إن الحنفية يصرحون في جزئيات المسائل الاستحسانية باستحسان العرف والمصلحة ويعبرون عنهما أحياناً بتعامل الناس , وحاجة الناس

---

(1) مثال تبييت النية ضمن أمثلة الاستحسان بالقياس الخفي.

(2) تقسيم السمرقندي للاستحسان.

, ودفع الضرر , وما أشبه ذلك[1], فحيث وجدنا جمهورهم يسكت عن ذكر هذين النوعين, مع ذكر الجميع لهما في كتب الفروع فإن ذلك يعني أن الاستحسان بالعرف والمصلحة, بل والنزر اليسير أيضاً لا تتجاوز استحسان الضرورة والقياس الخفي.

وسيأتي لهذا مزيد بيان لاحقاً .

## المطلب الثاني

## أساس التنويع في الاستحسان

النص والإجماع متى ظهرا[2]في موضع وجب الحكم بهما أو العدول إليهما ولا عبرة بالقياس في موضعهما إذ من شرط القياس عدم وجود النص والإجماع.

ومعلوم أن الحكم الثابت بهما لابد من إسناده إليهما قطعاً , سواء كان ذلك الحكم موافقا لمقتضى القواعد والاقيسة أم مخالفاً , ثم أن النص والإجماع متضمنان للحكمة قطعا سواء أدركنا تلك الحكمة أم لم ندركها.

هذا فيما يتعلق بالنص والإجماع , وأما بشأن ما عدا هذين الدليلين في الاستحسان أقول:

---

([1]) بدائع الصنائع: 1|221, 4|179, 208, 213, 5|157, 172, 210, 6|199, 275, و المبسوط: 10|145, وقد سبق تصريح السمرقندى بالمصلحة و الكرخي بالعرف.

([2]) سبق بيان أن المراد بالظهور هو ورود ها في نفس موضع اطراد القياس كنص السلم في موضع اطراد منع بيع ما ليس بموجود , ثم أن القياس إنما يكون جلياً إذا كان الأصل متضمنا لنوع المصلحة ويكون خفياً إذا كان متضمنا لجنسها.

الاستحسان هو تعليق للحكم بالحكمة التي هي مقصد الشارع الحكيم, ويظهر –أي الاستحسان– حال وجود قياس معارض لتلك الحكمة , وإلاّ فإن الاستحسان الذي هو الحكمة هو لب القياس ومحوره الأساس .

ولما كان كلامنا الآن خارجاً عن دائرة النص والإجماع فإن ذلك يعني أن المصلحة التي هي علة الحكم المستحسن: مما يدرك بالاجتهاد والتأمل , وهذا يعني خفاء الدليل أي: عدم تبادره , ويمكن أن يقال أيضاً: أنه لما لم يوجد دليل ظاهر من نص أو إجماع يشهد لنوع تلك المصلحة كانت تلك الحكمة و المصلحة خفية , ومن ثم أطلق عليها اسم العلة المؤثرة أو المعني المؤثر , أو المعني الخفي".

وفي كل الأحوال هنالك تلازم بن الدليل الخفي والمعني الخفي ولا إنفكاك بينهما . فالحكمة التي هي علة الحكم المستحسن لابد لها من شاهد في الشرع باتفاق القائلين بالاستحسان , ومتى كان هنالك دليل ظاهر من نص أو إجماع فإنه لا عبرة بالحكمة والمصلحة مع أنهما موجودتان قطعاً .

وحاصل الكلام : أنه لما انعدم الدليل الظاهر من نص أو إجماع, كان المجال مفتوحاً لأن يضاف الحكم المستحسن إلى الدليل وإن كان يقال : الاستحسان بالقياس الخفي , أو يضاف إلى المصلحة ذاتها, أو إلى الإمارة الدالة عليها كالعرف , وتوضيح ذلك :

في كل مسألة استحسانية – كما في سائر المسائل الأخرى الثابتة بغير الاستحسان – يتعلق النظر بأمرين: هما: مناط المسألة – أي علتها والمصلحة التي تعلق القصد بها فيها– ودليله من الشرع, أي شاهده, ولما

كان الدليل خفيا في الاستحسان – غير المستند إلى النص والإجماع– اسند بعض الأصوليين الحكم المستحسن إلى الدليل وإن كان خفياً كما في عبارة القياس الخفي عند جمهور الحنفية, وبعضهم أسندوه إلى المصلحة ذاتها كما في عبارة استحسان المصلحة للمالكية وبعض الحنفية , وبعضهم أسندوه إلى الإمارة الدالة على تلك المصلحة كما في استحسسان العرف , والنزر اليسير للحنفية والمالكية.

فهذا هو أساس اختلاف المثبتين لحجية الاستحسان في تنويع الاستحسان وواضح اختلاف أنه في العبارة . وبغية تسليط الضوء أكثر على ما تقدم وأبرز أمور أخرى مهمة ذات علاقة وطيدة بتنويع الاستحسان أتكلم على منهجين ملاحظين من تنويع الأصوليين للاستحسان وذلك في فرعين:

الفرع الأول: منهج المالكية وبعض الحنفية في تحديد أنواع الاستحسان.

الفرع الثاني: منهج جمهور الحنفية في تحديد أنواع الاستحسان.

## الفرع الأول

## منهج المالكية وبعض الحنفية في تحديد أنواع الاستحسان

كلام المالكية صريح في أن استحسانهم تقديم للاستدلال المرسل على القياس, ومن ذلك تعبير ابن رشد عن الاستحسان بالقياس المرسل, وإذا قارننا بين هذا والذي قبله يتخرج القول بأن الاستحسان تقديم للقياس الذي ليس له أصل معين على ما له أصل معين وفي كل الأحوال فإن الحصيلة هي : أن الاستحسان يطلق من قبل المالكية على الحكم الذي

ليس له أصل معين من الشرع , وهذا يعني خفاء الدليل, فخفاء الدليل مقصود بإطلاق الاستحسان عندهم , وإذا كان الاستحسان كذلك فإن الحكم الثابت بالنص والإجماع لا يعد من الاستحسان سواء كان الحكم الثابت بهما موافقاً أم مخالفا لمقتضى القواعد والاقيسة , وعلى هذا فإن الاستحسان عند المالكية رجوع إلى ما علم من قصد الشارع لا بديل معين , واقصد بالدليل المعين , الأصل المعين وعلى النحو الذي مرّ تفصيله .

وحيث كان الدليل في الاستحسان خفياً غير متضمن لنوع المصلحة التي من اجلها تم العدول وكان أصلاً متضمنا للجنس – وهو خفي غير متبادر– اسند المالكية ومعهم بعض الحنفية الحكم إلى المصلحة ذاتها والتي هي مقصد الشارع لأنها أوضح من دليلها حينئذٍ , أو أسندوه إلى الإمارة الدالة على ما علم من قصد الشارع , والذي هو مصلحة للمكلف قطعاً ذلك على النحو الآتي :

- إذا كانت المصلحة واضحة بنفسها بأن كانت درء ضرر مادي أو نفسي عام أو خاص اسندوا الاستحسان إلى المصلحة . أي سموا الاستحسان باستحسان المصلحة[1] وبعض الحنفية سلك مسلكهم فقد سبق ذكر تقسيم السمرقندي لأنواع الاستحسان وقد صرح بذكر استحسان المصلحة فيها.
- وإذا كانت المصلحة غير منضبطة بنفسها اسندوا الحكم إلى الإمارة الدالة عليها , كاستحسان العرف , والنزر اليسير.

---

([1]) كتضمين الأجير المشترك.

ففيما يتعلق (بالقلة) وقد عبروا عن هذا النوع بالنزر اليسير وما في هذا المعنى – أن القلة قد تكون إمارة دالة على عدم وقوع المشاحة والمنازعة بين المتعاقدين في المعاملات , وقد كانت عبارة أبن العربي والشاطبي صريحة في أن التافه في حكم العدم , وإنه لا يتعلق به الغرض فلا يؤدي إلى وقوع المنازعة.

وعلاوةً على ذلك فإن القليل يشق الاحتراز عنه فاغتفر رفعاً للحرج , وهذا أيضاً واضح من عبارة ابن العربي من أن اغتفار اليسير هو إيثار للتوسعة . على أن القلة روعيت أيضاً في مجالات أخرى كالعبادات ومن ذلك تفرقة العلماء جميعاً بين المشي القليل وبين المشي الكثير في الصلاة .

ومثل ما قيل بشأن القلة والنزر اليسير يقال أيضاً بالنسبة للعرف, فقد رجع إليه لما يأتي:

لكونه قائماً مقام اللفظ في أمور كثيرة متعلقة بالعبادات , فقد اعتمدوه إمارة دالة على حقيقة ما نواه الحالف في حلفه , فإذا حلف شخص أن لا يأكل اللحم فأكل سمكاً وكان اللحم في عرف الناس لا يتناول السمك[1], كان ذلك إمارة دالة على أن الحالف لم ينو السمك في أثناء حلفه فلا يعدّ حانثاً , ومن ثم لا كفارة عليه , وإذا قلنا أن الكفارة هي نوع من العقوبة في الحنث نظراً لما في الحنث من مساس بالدين الذي هو في مقدمة الضرورات الخمس , فإن العرف حينئذ يكشف لنا أن الحالف

---

([1]) تفصيل هذا المثال وكلام العلماء فيه في مبحث التطبيقات.

عندما أكل السمك لم يكن في فعله هذا مساس بالدين ، ومن ثم ليس هنالك ما يستدعي العقاب .

وكذلك الحال في المعاملات فإن العرف على ما يظهر من كثير من المسائل الثابتة بالاستناد إليه يقع موقع التسمية في العقود أيضاً, أو بعبارة أخرى اعتمد عليه باعتبار إمارة دالة على عدم وقوع المشاحة بين المتعاقدين لان العرف يرفع الجهالة التي بسببها يقع النزاع غالباً , كما في مسالة استئجار المرضعة بطعامها وشرابها الآتية في التطبيقات وغيرها من الأمثلة .

**ثانياً**. إن العرف هو بحد ذاته أيضاً إمارة دالة على وقوع الحرج فيما لو تم التمسك بالقياس في موضعه:

وحاصل الكلام أن تنويع الاستحسان عند المالكة وبعض الحنفية قائم على أساس وضوح المصلحة أو الإمارة الدالة عليها , على أن هذه الأنواع كلها مندرجة ضمن القياس المرسل فالعرف ليس قسيماً للمصلحة المرسلة وكذلك النزر اليسير .

فجميع هذه الأنواع تلتقي في كون شاهدها من الشرع أصولاً كلية لا أصولا معينة, متضمنة لنوع المصالح بل متضمنة لاجناسها, وأدل دليل على ذلك تعريف بعض المالكية للاستحسان بأنه:

ترك لقياس قوى الشبه إلى قياس بعيد الشبه لمقتض من عرف أو مصلحة .

ويقول الشيخ خلاف بشأن قول الحنفية بالاستصلاح:

"إن الحنفيــة هــم فــي مقدمــة القــائلين بالاستصــلاح – مناســب المرسل– حيث أنهم قالوا بالاستحسان وجعلوا من أنواعه الاستحسان الذي سنده العرف, والضرورة و المصلحة, وما هذا إلاّ استناد على المناسب المرسل واخذ بالاستصلاح ومن البعيد أن يأخذوا بالاستحسان وينكروا الاستصلاح"[1].

والدكتور محمد سعيد رمضان البوطي بعد أن ذكر عدة مسائل أفتى فيها الإمام أبو حنيفة بالاستصلاح قال:

"إن كثيراً من الأحكام المبنية عند أبي حنيفة أو بعض أصحابه على العرف إنما هو قائم في الوقت نفسه على الاستصلاح, والناظر في أبواب المعاملات من كتب الحنفية يجدها مملوءة بمسائل الاستصلاح, باسم الاستحسان آنا وباسم عرف الناس آنا آخر"[2].

غرضي مما تقدم بيان أن العرف ليس قسيما للقياس المرسل و ليس المراد هنا الاستدلال على قول الحنفية بالقياس المرسل , فلقد سبق بيان ذلك والتأكيد على أن القياس الخفي شامل للقياس المرسل إن لم يكن هو نفسه .

---

([1]) مصادر التشريع فيما لا نص فيه: 89.

([2]) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية, 383, ومما مثل به لقول الإمام أبي حنيفة بالمصلحة المرسلة: مسألة قول القائل مالي صدقة على ما سيأتي تفصيلها في النماذج التطبيقية.

## الفرع الثاني

## منهج جمهور الحنفية بشان تحديد أنواع الاستحسان

صرح الحنفية في جزيئات المسائل الاستحسانية باستحسان العرف , والمصلحة , والنزر اليسير . ولهذا فإن ما أقصده هنا هو منهجهم في تقسيم الاستحسان في كتب الأصول أو بعبارة أخرى منهجهم في أثناء عد أنواع الاستحسان.

وإذا عرفنا هذا أقول:

اقتصر جمهور الحنفية على ذكر استحسان الضرورة , والقياس الخفي , بعد استحسان النص والإجماع.

فأما بالنسبة إلى النص والإجماع فقد سبق بيان وجه التنويع وخلاصته: أنه متى كان الدليل الشرعي ظاهراً وجب إسناد الحكم إليه, والاستحسان بالنص والإجماع كذلك على ما هو واضح من الاسم فوجب إسناد الحكم إليهما.

وأما بالنسبة إلى استحسان الضرورة والقياس الخفي فإن جمهور الحنفية أرادوا بذلك التقسيم بحسب ما يبدو لي الإشعار بجملة من الأمور مجتمعة , وهي:

1. إن جمهور الحنفية أرادوا بذلك إسناد الحكم إلى الدليل الشرعي ولو كان اخفي من المصلحة أو الإمارة الدالة عليها.
2. إن الاستحسان الضرورة والقياس الخفي أطلقا بالنظر إلى الدليل الشرعي مع إرادة المصلحة أيضاً , وهذا واضح بالنسبة إلى استحسان الضرورة , حيث أن النصوص تظاهرت على سقوط التكليف عند

الضرورة – على التفصيل المذكور في كتب الفقه-. كما أن دلالة لفظ الضرورة على ذات المصلحة واضحة أيضاً.

وأما بالنسبة إلى القياس الخفي فإنه قد أطلق بالنظر إلى الدليل الشرعي الذي هو القياس, ولا يخفي ما في لفظ القياس من الإشعار بالحكمة[1] التي هي المصلحة ذاتها وذلك لما سبق قوله: من أن القياس الخفي (علة مستنبطة) من (النص) والذي هو نفس ما عبر عنه الحنفية والمالكة (بالمعنى المؤثر) والعلة المؤثرة وإذا ثبت إنهم يريدون بالعلة. الحكم والمصالح المتوخاة من تشريع الحكم[2], فإن هذا يشعرنا بأن القياس الخفي قد ارتبط في أذهان العلماء بالمصلحة التي هي الجامع بين الأصل والفرع أي بين موضع الاستحسان وشاهده الشرعي.

فالقياس الخفي هو المعني الخفي المستنبط الذي يحيل الذهن إلى العلاقة الموجودة بين موضع الاستحسان وأصله من الشرع, ومن ثم يتم له إثبات الحكم الذي يقتضيه ذلك الأصل أو تلك الأصول , وإذا عرفنا هذا وعرفنا أن المصلحة دائماً تترتب على إثبات الحكم بمقتضى ذلك المعنى المستنبط الذي هو القياس الخفي . تتوضح العلاقة بين القياس الخفي و بين كل استحسان ثبت لا بالنص ولا بالإجماع. ومن ذلك استحسان المصلحة, والعرف, و النزر اليسير.

3. إن جمهور الحنفية جعلوا القياس الخفي عنواناً لكل مسألة استحسانية تكون علة القياس – أي المعنى المعين الذي من أجله كان حكم

---

([1]) لقد سبق قول القرافي بأن القياس متضمن للحكمة, كما سبق قول بعض الحنفية: إن الاستحسان معنى هو القياس .

([2]) الموافقات: 1|265, و التوضيح: 2|63, و التقرير و التحبير: 3|141, 262.

القياس- فيها منعدمة ومنتفية في موضع الاستحسان, وجعلوا الضرورة عنواناً لكل مسألة استحسانية تكون علة القياس فيها موجودة غير أنها تكون ساقطة في موضع الاستحسان بمصلحة أقوى منها . وقد أظهروا ما ذكرته أولاً من خلال تفسير ذكروه للحكم بطهارة سؤر سباع الطير وهو انعدام اختلاط الرطوبة النجسة وقد دل على ذلك المنقار, واظهروا الثاني من خلال تفسير ثان للحكم بطهارة سؤر سباع الطير إذ افترضوا حصول الاختلاط ومع ذلك قالوا بطهارة سؤرها استحساناً لعدم إمكانية صون الأواني منها لأنها تنقض من الهواء فيشق الاحتراز عنها .

وإذا علمنا هذا ونظرنا إلى استحسان العرف والمصلحة والنزر اليسير نجد أن بعض مسائل هذه الأنواع مترددة بين النوعين المذكورين.

فالعرف في أكثر المسائل الاستحسانية – المستندة إليه – , يقع موقع المنقار من مثال الحكم بطهارة سؤر سباع الطير على التفسير الأول , بمعنى أن العرف يدل على انعدام المعنى الذي تعلق به القصد في القياس, فقد يكون إمارة دالة على نية الحالف في حلفه, وقد يكون إمارة دالة على عدم وقوع المشاحة و النزاع في كثير من العقود التي منعت لما فيها من الغرر , لأن تعارف الناس لتلك العقود يرفع الجهالة التي من أجلها كان الحكم بالمنع .

فالعرف بهذا الاعتبار يدخل ضمن القياس الخفي بالمعنى الذي اصطلح عليه جمهور الحنفية, ولكن في بعض الأحيان يكون العرف إمارة دالة على وقوع الحرج فيما لو تم التمسك بالقياس في موضعه, وهنا لا

ينظر إلى المعنى الذي تعلق به القصد في القياس لأن الحرج مدفوع بالنص. و بهذا الاعتبار يدخل استحسان العرف ضمن مدلول استحسان الضرورة.

ومثل ذلك يقال في النزر اليسير على ما مر تفصيله في الفرع الأول.

وأما بالنسبة إلى استحسان المصلحة فإن بعض مسائلها يمكن تفسيرها على أنها من القياس الخفي , كما يمكن تفسير بعضها على أنها من استحسان الضرورة . فمثلا إذا كان عدم تضمين الأجير المشترك لأمانته , فإنه متى تفشت الخيانة بين الناس كان ذلك يعني أن الأمانة التي من أجلها كان الحكم بعدم التضمين قد انعدمت فانعدم حكم القياس وبالتالي تمّ الحكم بالتضمين.

ولكن في مثال تخصيص المال بمال الزكاة في قول القائل مالي صدقة ليس من قبيل ما تقدم لأن القياس يقضي بالوفاء بالنذر على إطلاقه , لكن لا يلزم الناذر إلا بدفع المال الزكوى لأنه ألزم بدفع جميع ماله للحقة بذلك حرج عظيم, فمعنى القياس هنا موجود في موضع الاستحسان لكنه سقط بما هو أقوى منه وهو وقوع الحرج العظيم. وسيأتي تفصيل هذين المثالين اللذين ذكرتهما لاستحسان المصلحة في مبحث التطبيقات.

وحاصل الكلام أن تردد بعض المسائل التي عدّت من استحسان العرف أو المصلحة أو النزر اليسير بين التكييفين المذكورين كان له أثر في سكوت جمهور الحنفية عن ذكر هذه الأنواع ، فضلاً عما سبق بيانه

من إيثارهم إضافة الحكم الدليل الشرعي ولو كان أخفي من المصلحة أو الإمارة الدالة عليها.

**تعقيب واستنتاج**

القاسم المشترك بين جميع ما يطلق عليه اسم الاستحسان في نظر الحنفية هو (ترك القياس) فهذا هو (الجنس) ومن هنا لما جاؤا ونوعوا فإنهم نوعوا تبعاًَ للدليل الذي أوجب الحكم المخالف أو شهد له ، لأنه هو المنشىء للحكم وهذا الدليل قد يكون نصاً ، وقد يكون إجماعاً ، وقد يكون قياساً مستنبطاً من هذين الدليلين ، ومن هنا أستطيع القول بأن المصلحة والعرف والنذر اليسير هي في نظرهم صور للاستحسان وليست أنواعاً ، فهي داخلة ضمن القياس الخفي بمعناه الواسع ، والذي أراه مرادفاً للقياس المرسل الذي نصّ عليه ابن رشد والذي يفهم من كلام آخرين من علماء المالكية .

وأما القاسم المشترك بين جميع ما يطلق عليه اسم الاستحسان عند المالكية فليس (ترك القياس) لوحده ، بل أن خفاء الدليل المعبر عنه بالإرسال هو الشق الثاني من حقيقة ما أطلقوا عليه الاستحسان فالجنس هو (خفاء الدليل مع ترك القياس) ومن هنا لما جاؤوا ونوعوا – والدليل الخفي غير متبادر – فإنهم نوعوا لذلك تبعا لذلك المصلحة أو الإمارة الدالة عليها ، وأستطيع القول بعد هذا بأن الاستحسان المالكية برمته إنما هو نوع من أنواع الاستحسان عند الحنفية وهو ما يسمى بالاستحسان بالقياس الخفي وذلك بمعناه الواسع الشامل لاستحسان الضرورة ورفع الحرج ، ولا يستبعد رجوع الضرورة بالمعنى السالف الذكر إلى استحسان

الإجماع ، وحينئذٍ يكون القياس الخفي شاملاً لرفع الحرج ، ولا يضر ذلك إطلاق القياس الخفي على الاستحسان الذي لا يكون الباعث على العدول فيه مصلحة من درء ضرر أو رفع حرج . وهذا ما أجاز جمهور الحنفية تعدية حكمه.

والذي يؤيد صحة إعطاء ذلك المعنى الواسع للقياس الخفي ما يأتي :

**أولاً**. إن التفتازانى اقتصر على ذكر الاستحسان بالقياس الخفي بعد النص والإجماع.

**ثانياً**. صرح بعض الحنفية كابن عبد الشكور على ما تقدم برجوع الضرورة إلى القياس الخفي، وقد سبق تفسير هذا الرجوع.

ثالثاً. إن المالكية صرحوا بأن استحسانهم تقديم للاستدلال المرسل على القياس أو أنه قياس مرسل ، ووجدنا بعضاً منهم كاللخمي يعرفه بأنه: "ترك قياس قوى الشبه إلى قياس بعيد الشبه لمقتض من عرف أو مصلحة" أقول : والعدول عن القياس الجلى إلى القياس الخفي هو في حقيقته عدول عن شبه صوري إلى شبه معنوي وهو الشبه بوصف مؤثر ، فالقياس الخفي هو المعنى المؤثر ويغنى هذا عن مزيد تفصيل وقد سبق ما يراد بالتأثير والمعنى المؤثر .

**رابعاً**.إن السرخسى عرف الاستحسان بأنه ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس ، ثم عقب تعريفه هذا بذكر جمل صريحة في أن الاستحسان ترك للعسر إلى اليسر ، ثم قال مباشرة بعد ذلك :

"والاستحسان في الحقيقة قياسان أحدهما جلي ضعيف أثره فسميّ قياساً والثاني خفي قوي أثره سميّ استحساناً أي قياساً مستحسناً".

وفي ذلك إشارة إلى أن القياس المستحسن هو القياس المعدول إليه فهو أوفق للناس فهو الأيسر .

**خامساً**. عبر القاضي أبو يعلي من الحنابلة عن القياس الخفي بالاستدلال فقال و الاستدلال يرجح شبه بعض الأصول على بعض[1]، وهو يريد بالشبه الشبه في المعنى . وهذا الاستدلال هو ما عبر عنه إمام الحرمين بأنه عبارة عن : "تعليق الحكم بمعنى مشعر بالحكم مناسب له فيما يقتضيه الفكر العقلي من غير وجدان أصل متفق عليه – أي أصل معين – والتعليل المنصوب جارٍ فيه"[2].

وأرى أن هذا الاستدلال هو عين المصلحة المرسلة . أي القياس المرسل بمعنى أن هذا المعنى المشعر هو الجامع والعلاقة بين هذا التعريف وبين تعريف بعض الحنفية للاستحسان بأنه (تعليق للحكم بالمعنى الخفي) واضحة.

فإن قيل أن الحنفية أجازوا تعدية الحكم المستحسن بالقياس الخفي ومنعوا تعدية ما هو ثابت بغيره وهذا يدل على أن القياس الخفي ليس شاملاً للاستحسان الضرورة والمصلحة ورفع الحرج .

---

(1) أنواع الاستحسان عند الحنابلة.

(2) البرهان : فقرة 1127.

الجواب : أن الحنفية منعوا تعدية ما كان غير معقول المعنى وأما إذا كان معقول المعنى ووجد له نظير يساويه في ذلك المنى فإنهم عدوا الحكم المستحسن إلى محال أخرى ، ومن ذلك تعدية الحكم المستحسن بالنص على ما تقدم ثم أنه متى وجد العرف والمصلحة ، والحرج في موضع من المواضع تركوا القياس ، وحينئذٍ أي فائدة ترتجى من تفصيل الكلام حول جواز وعدم جواز تعدية الحكم المستحسن في القياس الخفي وغيره.

هذا وهنالك أمور أخرى دالة على شمول القياس الخفي لجميع أنواع الاستحسان فيما عدا الثابت منها بالنص والإجماع ، وقد جاءت في ثنايا البحث ومن أبرز تلك الأمور نص ما قاله الأنصاري صاحب فواتح الرحموت وما مثل به لتأثير الجنس في الجنس .

وأستطيع القول بعدما تقدم أن من الممكن إرجاع أنواع الاستحسان إلى أنواع ثلاثة هي :

1. الاستحسان الذي سنده النص .
2. الاستحسان الذي سنده الإجماع .
3. الاستحسان الذي سنده القياس الخفي .

وأعنى بالثالث نفس ما عناه ابن رشد بالقياس المرسل وهو كل الاستحسان عندهم ولقائلٍ أن يقول : أن جمهور الحنفية أطلقوا القياس الخفي على نوع خاص من أنواع الاستحسان وهو الذي يكون المعنى الذي من أجله كان حكم القياس منعدماً في موضع الاستحسان كانتفاء الرطوبة النجسة بالنسبة إلى سؤر السباع الطير ، وهذا غير شامل لاستحسان رفع الحرج .

الجواب: قال الحنفية أن المدار في ترجيح القياس الخفي على القياس الجلي هو التأثير ، وهذا التأثير هو ما علم من قصد الشارع ودفع الحرج مقصود للشارع.

ولقد قال كثير من علماء الحنفية : الاستحسان مطلقاً قول بانعدام الحكم لانعدام العلة ، وإذا كان المانعون منهم لتخصيص العلة قد صرحوا بذلك ، فإن المجوزين منهم لتخصيص العلة طبقوا ذلك عملياً وإن لم يوافقوا المانعين من الناحية النظرية ، والعبرة بالتطبيق .

## المبحث الثاني

## نماذج من تطبيقات الاستحسان

تبين في المبحث السابق إن الاختلاف في تقسيم الاستحسان وتنويعة هو اختلاف في العبارة ، وان اختلاف مسالكهم بهذا الخصوص لن يغير من حقيقة الاستحسان الذي هو واحد عند الجميع في لبه وجوهره ، فالمسالك وإن اختلفت إلاّ أنها تتقارب في النهاية وتتطابق، فالبرهنة على لفظية ذلك إلى الاختلاف كانت الغاية الأساسية مما ورد في المبحث السابق ، أما الغاية من هذا المبحث تتلخص فيما يأتي:

**أولاً.** التأكيد على أن الاختلاف بين المثبتين والنافين إنما هو اختلاف لفظي وأن الفرق إنما هو فقد في التوسع والتضييق من الأخذ بالاستحسان ، وستظهر لنا النماذج التي أسوقها أن من اشتهر عنه إنكار القول بالاستحسان يتفقون مع المثبتين في كثير من المسائل غير أنهم لم يصرحوا بلفظ الاستحسان هذا فضلا على المسائل التي صرحوا فيها- أي النافين – بهذا اللفظ شانهم في ذلك شان المثبتين.

**ثانياً.** إبراز أنواع الاستحسان طبقا لما عنون لها أصحابها ، وذلك الإطلاع من كثب على تفاصيل كل نوع ، وسيتبين لنا بعد ذلك أن الأنواع فيما عدا استحسان النص و الإجماع – ليست في حقيقتها إلاّ صور للاستحسان راجع إلى القياس الخفي الذي هو شامل في حقيقة الأمر للاستحسان الضرورة ورفع الحرج وعلى التفصيل الذي مرّ ، وقد سبق في أكثر من موضع التأكيد على أن القياس الخفي هو نفس ما عبر عنه المالكية بالقياس المرسل : وهو شامل له على

اقل تقدير وإيرادي للقياس الخفي قسيما لاستحسان العرف والمصلحة وغيرهما من الأنواع فيما عدا النص والإجماع- في المطالب الآتية إنما هو للغرض المشار إليه وهو ابرز أنواع الاستحسان طبقاً لما عنوا لها أصحابها ومن هنا فإن هذا المبحث يتضمن ثمانية مطالب هي:

المطلب الأول : نماذج للاستحسان بالنص.

المطلب الثاني : نماذج للاستحسان بالإجماع.

المطلب الثالث : نماذج للاستحسان بالضرورة.

المطلب الرابع : نماذج للاستحسان للحاجة ورفع الحرج.

المطلب الخامس: نماذج للاستحسان بالمصلحة.

المطلب السادس: نماذج للاستحسان بالعرف.

المطلب السابع: نماذج للاستحسان بالقياس الخفي .

المطلب الثامن : نماذج للاستحسان بمراعاة خلاف العلماء .

## المطلب الأول

## نماذج للاستحسان بالنص

ويتحقق هذا النوع في كل صورة يرد فيها نص معين يتضمن حكما على خلاف الحكم الكلى الثابت لمقتضى الدليل العام او القاعدة العامة[1].

وسأقسم هذا المطلب على فرعين:

---

([1]) أستاذنا الدكتور هاشم جميل عبدالله : مسائل من الفقه المقارن : 1|44.

الفرع الأول: نماذج للاستحسان بالكتاب و الحديث المرفوع.
الفرع الثاني : نماذج للاستحسان بقول الصحابي .

## الفرع الأول

## نماذج للاستحسان بنص الكتاب و الحديث المرفوع

### النموذج الأول

### (1) مشروعية الوصية

الوصية عبارة عن تمليك مضاف إلى ما بعد الموت[1].

أجمع العلماء على جواز الوصية[2], غير أن من صرح بأن القول بجوازه استحسان : الحنفية.

قال في الهداية[3]:

"إن القياس[4] يأبى جوازها لأنه تمليك مضاف إلى زوال مالكيته, ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قال: ملكتك غدا كان باطلاً , فهذا أولى. ثم قال:

إلاّ أنا استحسناه لحاجة الناس إليها , فإن الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله فإذا عرض له المرض , وخاف البيات , يحتاج إلى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله , وعلى وجه لو مضى فيه

---

1 انظر : مثلا التعريفات :137 ، ومغنى المحتاج، 3|39.
2 انظر: المغني مع الشرح: 6"414, ورحمة الامة: 206.
3 انظره مع شرح فتح القدير: 8|418-419, وأيضاً تبيين الحقائق: 6|182.
4 واضح ان المراد بالقياس هنا: القاعدة العامة.

تحقق مقصده المالي ولو أنهضه البرء يصرفه إلى مطلبه الحالي , وفي شرع الوصية ذلك فجوزناه , وأضاف:

وقد نطق به الكتاب: قال تعالى:

"من بعد وصية يوصى بها أو دين"[1].

ونطق به السنة , حيث قال صلى الله عليه وسلم:

"إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم"[2].

**النموذج الثاني**

**(2) مشروعية الإجارة**

الإجارة عبارة عن تمليك المنافع بعوض[3].

وللعلماء في جوازها مذهبان[4]:

**المذهب الأول : الإجارة غير جائزة**

وهذا محكي عن عبد الرحمن بن الأصم , وابن علية .

وجه هذا المذهب:

إن المعاوضات إنما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالحال في الأعيان المحسوسة , والمنافع في الإجارات معدومة وقت العقد فكان ذلك غرراً ومن بيع ما لم يخلق , قال الحنفية:

---

(1) سورة النساء: 12.

(2) أخرجه ابن ماجة عن أبي هريرة – رضي الله عنه – بلفظ: "أن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم": 2|904.

(3) التعريفات : 137, و المصادر التالية.

(4) المغني مع الشرح: 6|3, وبداية المجتهد: 2|238, و القوانين الفقهية: 279, و الهداية و عليها شرح فتح القدير و العناية: 418, وتبين الحقائق: 6|182, ورحمة الأمة: 185.

إن هذا قياس, جاء في الهداية :

القياس يأبى جواز الإجارة , لان المعقود عليه: المنفعة وهي معدومة, وإضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصح.

**المذهب الثاني : إنها جائزة**

قال في المغني:

"وأجمع أهل العلم في كل عصر و مصر على جواز الإجارة إلاّ ما يحكى عن عبد الرحمن بن الأصم".

وبمثل هذا قال ابن رشد وغيره.

وقد صرح الحنفية بأن هذا استحسان.

قال في الهداية معقباً على ما سلف من وجه القياس[1].

"إلا إننا جوزناه لحاجة الناس إليه وقد شهدت بصحتها الآثار ومن ذلك: قوله صلى الله عليه وسلم: "أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه"[2].

---

([1]) الهداية, الإشارة نفسها و 3|243 وفيه: الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة.

([2]) سنن ابن ماجة: 2|817, وفي الهداية أيضاً: ولقوله صلى الله عليه وسلم" من استأجر جيرا فليعلمه اجره" وهذا اخرجه النسائي: (7|31)عن ابي سعيد موقوفا بلفظ: "إذا استأجرت أجيراً فاعلمه أجره".

وقال العلائي من الشافعية:

"إن الإجارة جوزت على خلاف القياس"[1].

وقال الزركشي[2]:

"إن الإجارة شرعت مع إنها وردت على منافع معدومة, ثم نقل عن بعض العلماء قولهم: أن الشرع اعتنى بدفع ضرورة الشخص الواحد. فكيف لا يعتني به مع حاجة الجنس, ولو منع الجنس مما تدعو الحاجة إليه لنال آحاد الجنس ضرورة تزيد على ضرورة الشخص الواحد فهي أولى بالرعاية".

**النموذج الثالث**

**(3) دية الجنن**

إذا ضرب شخص بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً , فإن للعلماء مذهبان بشأن ما يجب على الجاني :

**المذهب الأول: لا يجب عليه شيء**

وهو قول زفر من الحنفية.

قال الحنفية , هذا مقتضى القياس, قال في الهداية:

"والقياس أن لا يجب شيء لأنه لم يتيقن بحياته , والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق".

وزاد البابرتي:

---

([1]) مختصر من قواعد العلاني وكلام الاسنوى لابن خطيب الدهشة: 1|293.

([2]) المنثور في القواعد: 2|24.

"وفعل القتل لا يتصور إلاّ في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك فإن قيل – والكلام للبارتي– : الظاهر أنه حي أو معد للحياة, قلنا: الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق"[1].

**المذهب الثاني : على الجاني غرة, وهي نصف عشر الدية**

وإليه ذهب المالكية , والشافعية , والحنابلة وأكثر أهل العلم وبه قال الحنفية – فيما عدا زفر–, استحساناً[2].

واستدل الجميع بقوله صلى الله عليه وسلم :

"في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خسمأة"[3].

**النموذج الرابع**

**(4) مشروعية خيار الشرط**

يقصد بخيار الشرط : أن يشترط أحد المتعاقدين الخيار ثلاثة أيام أو أقل[4]. واختلف العلماء في مشروعيته على مذهبين :

**المذهب الأول : خيار الشرط غير مشروع**

وهو قول الثوري وابن شبرمة وطائفة من أهل الظاهر وعمدة هؤلاء : أنه غرر وإن الأصل هو اللزوم في البيع[5].

---

(1) العناية على الهداية: 8|324.

(2) الهداية: نفس الإشارة, وتكملة رد المختار: 6|588, ومجمع الانهر: 2|649 والمنتقى: 7|79, ومغني المحتاج: 4|103, و المغني مع الشرح: 9|530, 536.

(3) أخرجه البخاري عن ابي هريرة رضي الله عنه بدون لفظ (قيمته خمسمأ) 9|14 وروى أبو داود في سننه: 2|499 عن الشعبي انه قال: خمسمائة يعني درهما, وعن ربيعة قال: الغرة خمسون دينارا.

(4) التعريفات: حرف الخاء.

(5) بداية المجتهد: 2|226.

قال الحنفية:

إن المنع منه هو مقتضى القياس, ثم قالوا في وجهه مثل ما تقدم, قال الكاساني:

إن شرط الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم للحال, فكان شرطا مغيرا مقتضى العقد, وانه مفسد للعقد في الأصل, وهو القياس[1].

**المذهب الثاني : خيار الشرط مشروع**

وهو قول الجمهور[2], ودليلهم[3]:

ما روى أن حبان بن منقذ كان يغبن في التجارات فشكا أهله إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له :

"إذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام"[4].

قال الحنفية: إن جواز اشتراط الخيار ثابت استحساناً بخلاف القياس بالنص المذكور[5].

**النموذج الخامس**

**(5) الزرع في أرض مغصوبة**

وصورة المسألة : أن يقوم شخص بغضب ارض , و يزرع فيها زرعا ثم تمكن صاحب المال من استرجاع أرضه من الغاضب في وقت يكون الزرع فيه قائما[1] وهنا اختلف العلماء فيما يأتي :

---

([1]) بدائع الصنائع: 5|174, و الهداية: 3|27.
([2]) بداية المجتهد: الإشارة نفسها, والمجموع: 9|210, والمغني والشرح: 4|98.
([3]) بداية المجتهد: نفس الإشارة.
([4]) البخاري بهامش الفتح: 4|337.
([5]) الهداية, وبدائع الصنائع: الإشارة نفسها.

أيملك صاحب الزرع إجبار الغاصب على القلع أم لا ؟ و لهم في ذلك مذهبان[2]:

**المذهب الأول : للمالك إجبار الغاصب على قلع الزرع**

وإليه ذهب الأئمة أبو حنيفة ومالك والشافعي .

قال ابن قدامة :

"وقال أكثر الفقهاء يملك إجبار الغاصب على قلعه والحكم فيه كالغرس سواء , لقوله صلى الله عليه وسلم : "ليس لعرق ظالم حق"[3] ولأنه زرع في أرض غيره ظلما فأشبه الغراس .

**المذهب الثاني : الزرع لصاحب الأرض و عليه النفقة للغاصب**

وإليه ذهب الإمام احمد استحساناً[4] .

قال ابن قدامه ما نصها:

" فإن أحمد إنما ذهب إلى هذا الحكم استحساناً على خلاف القياس , فإن القياس أن الزرع لصاحب البذر لأنه نماء عين ماله فأشبه ما لو غصب دجاجة فحضنت بيضا له , أو طعاماً فعلفه دواب له كان النماء له , وقد صرح به أحمد فقال : هذا شيْ لا يوافق القياس , استحسن

---

(1) قال ابن قدامة , و متى كان هذا بعد حصاد الغاصب الزرع فإنه للغاصب لا نعلم فيه خلافا و ذلك لأنه نماء ماله وعليه الأجرة إلى وقت التسليم و ضمان النقص انظر المغني مع الشرح : 392/5

(2) المصدر نفسه :392/5 –393 , ورحمة الأمة : 177 , ومجمع الأنهر 462/2 , والقوانين الفقهية :336, و في الرحمة الأمة أراء الجميع .

(3) مسند الإمام أحمد :5 / 327

(4) المغني مع الشرح : الإشارة نفسها , والمسودة : 452

أن يدفع إليه نفقته للأثر , و لذلك جعلناه للغاصب إذا استحقت الأرض بعد أخذ الغاضب له وإذا كان العمل بالحديث فيجب أن يتبع مدلوله".

والأثر هو قوله صلى الله عليه وسلم :

"من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء وعليه نفقته"[1] وزاد ابن قدامه إلى الأثر المذكور أدلة أخرى وهي :

- أنه أمكن رد المغضوب إلى مالكه من غير إتلاف مال الغاصب , على قرب من الزمان فلم يجز إتلافه , كما لو غصب سفينة فحمل فيها ماله و ادخلها البحر أو غصب لوحاً فرقع به السفينة فإنه لا يجبر على رد المغضوب في الجنة وينتظر حتى ترسي , صيانة للمال عن التلف كذا هنا.
- لأنه زرع حصل في ملك غيره فلم يجبر على قلعة على وجه يضرّ به , كما لو كانت الأرض مستعارة , أو مشفوعة , وفارق الشجر والنخل لأن مدته تتطاول ولا يعلم متى ينقلع من الأرض , فانتظاره يؤدي إلى ترك الأصل بالكلية .
- إن الحديث الذي احتج به أصحاب المذهب الأول وارد في الغرس , وأما حديثهم فوارد في الزرع .
- ثم قال ابن قدامة " فيجمع بين الحديثين و يعمل بكل واحد منهما في موضعه وذلك أولى من إبطال أحدهما.

---

([1]) سنن أبي داود , 462/3 ، ط ، دار إحياء السنة , ومسند الإمام احمد : 465/3.

## الفرع الثاني

## الاستحسان بقول الصحابي

ويتحقق هذا النوع بورود أثر عن بعض الصحابة , في موضع, يقضي بثبوت حكم مخالف لما يقتضيه القياس .

### النموذج الأول

### (6) بيع العينة

والصورة المشهورة للمسألة : أن يبيع شخص سلعة بثمن إلى أجل ثم يشتريها نقدا بأقل من الثمن الذي باعها به[1].

اختلف العلماء في جواز البيع الثاني على مذهبين :

**المذهب الأول : البيع جائز**

وإليه ذهب الإمام الشافعي , وحكاه بعض الحنيفة عن أبي يوسف[2] قال الإمام الشافعي " فإذا اشترى الرجل من الرجل سلعة فقبضها , و كان الثمن إلى أجل , فلا بأس أن يبتاعها من الذي اشتراها منه , أو يدين كذلك أو عرض من العروض , ساوى العرض ما شاء أن يساوي , وليست البيعة الثانية من البيعة الأولى بسبيل".

واحتج الإمام الشافعي : بان القياس قضي بصحة هذا البيع , وذلك أن البيعة الثانية غير الأولى : بدليل : أن البيعة الأولى قد ثبت بها

---

([1]) الظاهر أن هذه المسألة صورة من (بيع العينة ) فلقد اضطرب كلام العلماء في تحديد ما يطلق عليه بيع العينة و ذكر ذلك يستدعي تفصيلا لا حاجة لنا به انظر : المغني مع الشرح : 4/256-257و بداية المجتهد : 2 / 153و القوانين الفقهية : 263 , ورد المحتار : 5/273 , و التعريفات للجرجاني 90 و فيه : العينة هي أن يأتي الرجل رجلا ليستفرضه فلا يرغب المقرض في الإقراض طعما في الفضل الذي لا ينال بالقرض فيقول : أبيعك هذا الثوب بأثنى عشر درهما إلى أجل و قيمة عشرة , و يسمى عينة لأن المقرض اعرض عن القرض إلى بيع العين ".

([2]) رد المحتار : الإشارة نفسها , و المصدر التالي.

الثمن تاماً على مشترى , وأصبح المبيع ملكه بالقبض , ولو انقضت البيعة الثانية ردت السلعة وبقيّ الدين ثابتاً كما هو , وإذا اثبت أن البيعة الثانية غير الأولى وأن المبيع قد صبح ملكه فلا يرحم عليه أن يبيع ملكه بنقد وأن اشتراه إلى أجل , إلى أي كان , سواء من اشتراه منه أم غيره , بمثل الثمن أو أقل منه أو أكثر , لأن الله تعالى أحل البيع وحرم الربا , وقال : هذا بيع وليس بربا , ولا يتهم أحد على ما له عنده[1].

**المذهب الثاني : البيع الثاني باطل**

وإليه ذهب المالكية والحنابلة , وجمهور الحنفية[2]. قال أبو حنيفة وبعض الحنابلة كأبي الخطاب إن هذا استحسان .

**الأدلة :**

1. احتج أصحاب هذا المذهب بما روى أن امرأة – أسمها العالية – قالت لأم المؤمنين عائشة رضي الله عنها: إني بعت غلاماً من زيد بن أرقم بثمان مئة درهم إلى العطاء ثم اشتريته منه بستمائة درهم ، فقالت لها بئس ما شريت وبئس ما اشتريت ، أبلغي زيد بن أرقم أنه أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلاّ أن يتوب . قال في كشف الأسرار : فتركوا القياس به لأن القياس لمّا كان مخالفاً لقولها تعين

---

(1) رد المحتار .

(2) كشف الأسرار على أصول البزدوى : 3/ 219 و العناية :208/5, وبدائع الصنائع :199/5 ورد المحتار :5 /273 و بداية المجتهد : 153/2 والقوانين الفقهية :263 , و الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي :78/3, والمغني مع الشرح :256//4–257 و شرح مختصر الروضة : 197/3 و فيه عن أبي الخطاب : إذا اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن الأول لم يجز استحساناً وجاز قياساً.

جهة السماع فيه ، والدليل : إنها جعلت جزاءه على مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد وأجزئة الجرائم لا تعرف بالرأي فعلم أن ذلك كالمسموع من رسول الله (صلى الله عليه وسلم) واعتذار زيد إليها دليل على ذلك أيضاً , فإن بعضهم كان يخالف بعضا في المجتهد وما كان يعتذر إلى صاحبه ".

وقال الكاساني : تركنا القياس بالأثر

2. إن ذلك ذريعة إلى الربا..

قال ابن رشد :

"فوجه منعه اعتبار البيع الثاني بالبيع الأول فاتهمه أن يكون إنما قصد دفع دنانير في أكثر منها إلى اجل و هو الربا المنهي عنه فزورا لذلك هذه الصورة ليصلا بها إلى الحرام مثل أن يقول قائل لآخر :

أسلفني عشرة دنانير إلى شهر وأرد أليك عشرين ديناراً , فيقول هذا لا يجوز , ولكن أبيع منك هذا المتاع بعشرين إلى شهر ثم اشتريته منك بعشرة نقدا ".

وقال الدردير في الشرح الكبير :

"علة المنع : تهمة دفع قليل في كثير وهو سلف بمنفعة "

وقال ابن قدامة :

"لأن ذلك ذريعة إلى الربا فإنه يدخل في السلعة ليستبيح بيع ألف بخمسمائة إلى أجل معلوم , وقال : روى عن ابن عباس في مثل هذه المسألة أنه قال :

أرى مئة بخمسين بينهما حريرة , يعني خرقة حرير جعلاها في بيعهما".

وقال البابرتي :

"وأما الدليل الثاني وهو المعقول , فهو الثمن لم يدخل في ضمان البائع لعدم القبض , فإذا وصل إليه المبيع ودفعت المقاصة بين الثمنين بقي له فضل خمسمائة بلا عوض وهو ربا فلا يجوز "[1].

هذا ونقل ابن عابدين عن محمد ابن الحسن قوله:

"وهذا البيع في قلبي كأمثال الجبال , ذميم , اخترعه أكلة الربا"[2].

**النموذج السابع**

**(7) التزوج بلفظين أحدهما للماضي و الأخر للمستقبل**

ومن المسائل التي استحسن فيها الحنفية يقول الصحابي .

ما جاء في بدائع الصنائع[3].

"إذا قال لها زوجيني أو انكحيني نفسك فقالت : زوجتك أو أنكحت ينعقد استحساناً , والقياس أن لا ينعقد لأن لفظ الاستقبال عدة والأمر من فروع الاستقبال فلم يوجد الإيجاب إلاّ أنهم تركوا القياس لما روي .

أن بلالاً (رضي الله عنه) خطب إلى قوم من الأنصار فأبوا أن يزوجوه فقال : لولا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم , أمرني أن أخطب إليكم لما خطبت فقلت له ملكت . ولم ينقل أن بلالاً أعاد القول , ولو فعل لنقل , ولأن الظاهر أنه أراد الإيجاب لأن المساومة لا تتحقق في النكاح عادةً فكان محمولاً على الإيجاب بخلاف البيع فإن السوم معتاد فيه فيحمل اللفظ عليه فلابد من لفظ أخر يتأدى به الإيجاب ".

---

([1]) العناية على الهداية :208/5/, و لقريب من ذلك :بدائع الصنائع : 199/5.

([2]) رد المتار 273/5

([3]) 231/2

هـذا وإن بعضـاً ممـا يـرد مـن الأمثلـة لاستحسـان الإجمـاع هـو استحسان الإجماع بقول الصحابي وإن كان وجه الرجوع إليه هو الإجماع , لذا اكتفي هنا بهذا المثال .

## المطلب الثاني

## نماذج للإستحسان بالإجماع

ويتحقق الاستحسـان الـذي سنده الإجمـاع بإفتـاء المجتهدين علـى خـلاف الدليل العام أو القاعدة المقررة أو بسكوتهم وعدم إنكـارهم علـى مـا يفعلونه مخالفاً للأصول المقررة[1].

---

([1]) أستاذنا الدكتور هاشم جميل عبدالله , مسائل من الفقه المقارن:1/45.

وتجـدر الإشـارة أن الحنيفـة يعبـرون أحيانـاً عـن الاستحسـان بالإجماع بتعامل الناس ، وقد سبق بيان ذلك .

وفيما يأتي أسوق النماذج لذلك .

**النموذج الثامن**

**(8) <u>حكم إقرار المريض لأجنبي</u>**

قال الحنيفة : يصح إقرار الصحيح لوارث , لأن الموانع منعدمة في إقراره , وإن أقرّ المريض لأجنبي , فإن لم يكن عليه دين ظاهر معلوم في حالة الصحة , القياس أن لا يصح , ويصح إقراره من جميع التركة استحساناً ، قالوا في وجه القياس.

إن حق الورثة متعلق بما زاد على الثلث ولهذا لم يملك التبرع بما زاد على ذلك المقدار .

ونسب ابن الهمام القول بالقياس إلى بعضهم دون تحديدهم . ودليل استحسانهم هو الإجماع .

وقال الكاساني "تركنا القياس بالأثر , وهو ما روى عن أبن عمر رضي الله عنهما أنه قال :

إذا أقر المريض بدين لأجنبي جاز ذلك من جميع تركته , ولم يعرف له من الصحابة مخالف فيكون إجماعاً وزاد :

" ولأنه في الإقرار للأجنبي غير متهم فيه"[1].

---

([1]) الهداية مع شرح فتح القدير و العناية :11/17, و بدائع الصنائع :224/7 .و قرة عيون الأخيار :160/8 .

والظاهر أن هذا هو مذهب المالكية والحنابلة والشافعية[1]، فقد نقل البهوتي عن ابن المنذر الإجماع على ذلك فقال :

يصحح إقرار المريض و لو مرض الموت لغير وارثه , حكاه أبن المنذر إجماعاً وزاد : لأن حالة المرض أقرب إلى الاحتياط لنفسه بما يراد منه وتحري الصدق , فكان أولى بالقبول , بخلاف الإقرار لوارث فإنه متهم فيه[2].

**النموذج التاسع**

**(9) طلاق من اختارت نفسها**

إذا قال الزوج لزوجته – وهو ينوى الطلاق – اختاري نفسك , فاختارت الزوجة نفسها , وهي في المجلس , فإن للعلماء بشأن وقوع الطلاق وعدد الطلقات لواقعة مذاهب هي[3]:

**المذهب الأول: لا يقع به الشيء**

وهو قول ابن حزم :

قال الحنيفة: وهذا مقتضى القياس , لأن التفويض إليها إنما يصح فيما يملك الزوج مباشرته بنفسه وهو لا يملك إيقاع الطلاق عليها بهذا

---

(1) مغني المحتاج : 3م240, و القوانين الفقهية :319و فيه ..... أما المريض فلا يقبل إقراره لمن يتهم بمودته من قريب أو صديق ملاطف سواء كان وارثا أو غير وارث إلا يجيزه الورثة ويقبل فيما سوى ذلك .

(2) شرح منتهى الإرادات :571/3.

(3) بداية المجتهد : 77/2, 79, و الغنى مع الشرح : 289/8, والوجيز للغزالي : 56/2, و المبسوط :243/1, و الهداية 243/1, و المحلي :116/10-117, و فيه من خير أمرته فاختارت نفسها أو اختارت الطلاق أو اختارت زوجها أو لم تختر شيئا فكل ذلك لاشيء , وكل ذلك سواء ولا تطلق , بذلك ولا تحرم عليه.

اللفظ حتى لو قال : اخترتك من نفسي , و : " اخترت نفسي منك " لا يقع شيء فلا يملك التفويض إليها بهذا اللفظ .

**المذهب الثاني : يقع ثلاثاً**

وإن اختارت واحدة لم يكن لها ذلك.

وهو قول زيد ثابت (رضي الله عنه) والحسن البصري , وبه قال الإمام مالك.

وحجتهم : إن ذلك يقتضي زوال سلطانه عنها ولا يكون ذلك إلاّ بثلاثة .

**المذهب الثالث : تقع طلقة واحدة رجعية**

روى عن ابن مسعود وأبن عباس , وبه قال عمر بن عبدالعزيز (رضي الله عنهم) والثورى وأبن ليلى , وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور , وهو أحد الوجهين للشافعية .

**المذهب الرابع : إن نوى الزوج الطلاق**

فهو كما أراد أن واحدة فواحدة , وإن ثلاثاً فثلاث.

وإليه ذهب الإمام أحمد و هو الوجه الثاني للشافعية , وقد نسب ابن رشد هذا القول للإمام الشافعي[1].

**المذهب الخامس : تقع طلقة واحدة بائنة**

ولا يكون ثلاثاً وإن نوى الزوج ذلك .

وهذا مروى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه , و به قال الإمام أبو حنيفة وأصحابه.

قال الحنيفة:

استحساناً ترك القياس لإجماع الصحابة , ولأنه بسبيل من أن يستديم نكاحها أو يفارقها فيملك إقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم , ثم الواقع بها بائن لأن اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن .

ويلاحظ هنا : أن الإجماع المراد هو إجماع الصحابة (رضي الله عنهم) على وقوع الطلاق لا على كون الطلاق بائناً .

---

([1]) الذي يستخلص مما ذكر في المنهاج و شرحه ان مذهب الإمام

**النموذج العاشر**

**(10) حكم نكاح زوجين ارتدا و اسلما معا**

اختف العلماء في زوجين ارتدا وأسلما معاً : أيعد عقد نكاحهما قائماً أم لا بد عقد نكاح جديد ؟ و لهم في ذلك مذاهب ثلاثة [1]:

**المذهب الأول : تقع الفرقة بينهما بالإرتداد**

ولابد من عقد نكاح جديد إذا رجعا إلى الإسلام وإليه ذهب المالكية والحنابلة وزفر من الحنفية.

وقد نسب أبن الهمام القول بهذا المذهب إلى زفر والأئمة الثلاثة.

قال الحنيفة:

إن هذا القول مقتضى القياس , ووجهه :

إن ردة أحدهما تنافي ابتداء النكاح , وهي بذلك تنافي البقاء أيضاً , ثم أن ردتهما في ردة أحدهما وزيادة فيبطل النكاح .

**المذهب الثاني: تقع الفرقة بينهما بالإرتداد**

ولابد من عقد نكاح جديد إذا رجعا إلى الإسلام إذا كان ذلك قبل الدخول , أما بعده فإن النكاح يوقف ولابد من عقد جديد وإليه ذهب الإمام الشافعي .

**المذهب الثالث : يقران على نكاحهما**

وهو مذهب الحنفية – ماعدا – زفر – قالوا : وهذا استحسان .

ودليلهم:

---

([1]) شرح فتح القدير :515/2, و المغني مع الشرح:665/7, و المغني المحتاج:190/3.

ما روى أن بني حنيفة ارتدوا وبمنع الزكاة , فاستتابهم أبو بكر رضي الله عنه فاسلموا , ولم يأمرهم بتجديد أنكحتهم ، كما لم يأمرهم بذلك أحد من الصحابة فحل محل الإجماع .

وأورد البابرتي هنا اعتراضاً وأجاب عنه فقال : "فإن قيل : الإرتداد لم يقع منهم دفعة .

وأجاب الإرتداد واقع منهم معاً حكماً لجهالة التأريخ , فإن التأريخ إذا جهل لم يحكم بتقدم شيء على شيء وإنما يجعل في الحكم كأنه وجد جملة واحدة[1].

**النموذج الحادي عشر**

**(11) عقد الإستصناع**

الإستصناع لغة : طلب عمل الصنعة[2].

وصورته أن يطلب شخص من آخر أن يخرز له خفاً مثلاً بكذا ويبين صفته ومقداره ولا يذكر له أجلاً ويسلم إليه الدراهم أو لا يسلم.

فسره السمرقندي بأنه : عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع .

قال الحنفية :

القياس يأبي جواز الإستصناع لأنه بيع معدوم لحال حقيقة , وهو معدوم وصفاً في الذمة ولا يجوز بيع شيء إلاّ بعد تعيينه حقيقة : أي

(1) العناية مع شرح فتح القدير على الهداية : الإشارة نفسها.

(2) الدر المختار :223/5.

ثبوته في الذمة كالسلم فأما مع العدم من كل وجه فلا يتصور عقد . لكنا استحسنا جوازه لأن الناس تعاملوه في سائر الإعصار من غير نكير فكان إجماعاً منهم على الجواز [1].

واختلفوا فيما إذا ضرب الأجل في هذا العقد , فقال الإمام أبو حنيفة أنه ينقلب حينئذ سلماً ويشترط فيما يشترط في السلم , لأنه إذا ذكر الأجل فيه يستجمع جميع معاني السلم والعبرة للمعنى لا اللفظ , وخالفه الصاحبان[2]، هذا وقد قصروا الجواز على ما جرى به تعامل الناس .

وهذا فيما يتعلق بموقف الحنفية من الإستنصاع , وأما المذاهب الثلاثة الأخرى فالظاهر أنهم يوافقون الحنيفة غاية ما في الأمر أنه يصح عندهم منه باب السلم لا البيع فيشترط فيه ما يشترط في السلم ويفسده ما يفسده , وسأورد من كلامهم ما يؤكد ذلك.

**(1) للمالكية :**

قال في الشرح الكبير وحاشية الدسوقي[3].

"ويجوز الشراء من الحداد والنجار والحباك , و هو سلم يشترط فيه يشترط في السلم من تعجيل رأس المال , وضرب الأجل , وعدم تعيين العامل والمعمول منه , وكذلك إستصناع السيف والسرج لسلم , كأن تقول

---

(1) كشف الأسرار على أصول البزدوى :5/4, والهداية عليها شرح فتح القدير والعناية :5/354-355, وتحفه الفقهاء :2/538, وبدائع الصنائع:5/209. وكشف الأسرار للنسفي : 2/219.

(2) رد المحتار على الدر المختار:5/223-224.

(3) المصدر نفسه : 3/217.

لإنسان : أصنع لي سيفاً أو سرجاً صفته بكذا دينار , فلا بد من تعجيل رأس المال وضرب الأجل وأن لا يعين العامل والمعمول منه".

**(2) للحنابلة**

قال أبن قدامة في تعريف السلم:

"وهو إن يسلم عوضاً حاضراً في عوض موصوف في الذمة إلى أجل و هو نوع من البيع ينعقد بما ينعقد به البيع وبلفظ السلم والسلف ويعتبر فيه من الشروط ما يعتبر في البيع[1], وقال :

"ويصح السلم في النشاب والنبل وقال القاضي لا يصح السلم فيهما لأنه يجمع إخلاطاً من خشب وعقب وريش ونعل فجرى مجرى أخلاط الصيادلة ولنا : أنه مما يصح بيعه و يمكن ضبطه بالصفات التي يتفاوت الثمن معها غالباً فصح السلم فيه , كالخشب والقصب وما فيه من غيره متميز يمكن ضبطه والإحاطة به ولا يتفاوت كثيراً فلا يمنع كالثياب المنسوجة من جنسين"[2].

ويقول بشأن دفع الأجرة للصانع :

إذا دفع ثوبه إلى خياط أو قصار ليخيطه أو يقصره من غير عقد ولا شرط ولا تعريض بأجر , مثل أن يقول : خذ هذا فاعمله وأنا أعلم أنك إنما تعمل بأجر وكان الخياط والقصار منتصبين لذلك ففعلا فلهما الأجر". وفي هذا إقرار[3].

**(3) للشافعية**

---

([1]) المغني والشرح:312/4.

([2]) المصدر نفسه 314/4

([3]) المغني : 415/5

قال الإمام الشافعي في الأم[1]:

"...... ولا بأس من أن يسلفه في طست أو نور من نحاس أحمر أو أبيض أو شبه أو رصاص أو حديد , ويشترط سبعة معروفة ومضروباً أو مفرغاً وبصنعة معروفة ويصفه بالثخانة أو الرقة ويضرب له أجلاً كهو في الثياب وإذا جاء به على ما يقع عليه أسم الصفة والشرط لزمه ولم يكن له رده.

وكذلك كل إناء من جنس واحد ضبطت صفته فهو كالطست والقمقم , ولو كان يضبط أن يكون مع شرط السعة وزن كان أصح وإن لم يشترط وزناً صح إذا اشترط سعة كما يصح أن يبتاع ثوباً بصنعة وشيء وغيرة بصفة وسعة ولا يجوز فيه أن لا يدفع ثمنه وهذا شراء صفة مضمونة فلا يجوز فيها إلاّ أن يدفع ثمنها و تكون على ما وصفت".

قال : ولا خير في أن يسلف في قلنسوة محشوة وذلك أنه لا يضبط وزن حشوها ولا صفته ولا يوقف على حد بطانتها ولا تشترى هذه إلاّ يداً بيد , ولاخير في أن يسلفه في خفين ولا نعلين مخروزين وذلك لأنهما لا يوصفان بطول ولا عرض ولا تضبط جلودهما ولا ما ينسل فبهما وإنما يجوز في هذا أن يبتاع النعلين والسشراكين ويستأجر على الحذر وعلى خراز الخفين............".

وواضح مما تقدم أن الإستصناع مندرج في السلم عند الإمام الشافعي وأنه يصح عنده في كل ما ينضبط المقصود منه بالوصف سواء

---

([1]) المغني : 116/3

كان حالاً أو مؤجلاً وإنما يشترط فيه تسليم رأس المال في المجلس لأنه سلم .

ومما يؤكد قولهم بالاستصناع ما ذكروه بشأن استحقاق الصانع الأجرة[1].

**النموذج الخامس**

**(12) توريث المطلقة بائناً في المرض**

أتفق الأئمة على التوارث بين الزوجين قائم إذا كان الطلاق رجعياً وكان الموت في العدة و اتفقوا أيضاً على أنه لا توارث إذا كان الطلاق في الصحة وبانت قبل الموت.

واختلفوا فيما إذا طلق المريض زوجته طلاقاً بائناً ومات من مرضه وهي حية أترثه أم لا؟ ولهم ذلك مذهبان :

المذهب الأول : لا ترث .

وإليه ذهب الإمام الشافعي في قوله الجديد[2].

قال الحنفية هذا مقتضى القياس , والظاهر أنهم يريدون به أن الزوجية التي هي سبب الإرث قد انقطعت بالطلاق فلا ترث .

**المذهب الثاني : أنها ترث[3]**

---

([1]) ورد المثال ضمن مسائل استحسان العرف.

([2]) رحمة الأمة :232 والمصادر التالية .

([3]) غير أنهم اختلفوا أيضاً , فقد ذهب إمام المالك إلى أنها ترث سواء في العدة أو بعد انقضائها و ذهب الإمام احمد في المشهور عنه أنها ترث ما لم تتزوج , وذهب الإمام

وإليه ذهب الأئمة أبو حنيفة ومالك وأحمد بن حنبل وأصحابهم , وهو القول القديم للإمام الشافعي[1].

قال بعض الحنفية أن هذا إستحسان بالإجماع.

قال في تحفة الفقهاء :

"فأما المريض إذا طلق وهو صاحب الفراش طلاقاً رجعياً أو بائناً أو ثلاثاً ثم مات من ذلك المرض وهي في العدة فإنها ترثه عندنا خلافاً للشافعي والقياس معه , لكنا استحسنا بإجماع الصحابة .

وهذا الإجماع عندهم : إن عثمان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الأصبغ بن زياد الكلبية من عبد الرحمن بن عوف في مرضه وهي في العدة وكان هذا بمحضر من الصحابة فلم ينكر عليه أحد فكان إجماعاً.

قال ابن الهمام : " وبمذهبنا قال عمر وأبنه وعثمان وأبن مسعود والمغيرة ونقله أبو بكر الرازي عن علي وأبي بن كعب عبد الرحمن بن عوف وعائشة وزيد بن ثابت ولم يعلم عن صحابي خلافة قال : وقول ابن الزبير في خلافته : ولو كنت أنا لم أورثها أراد به لعدم علمي إذا ذاك بأن الحكم الشرعي في حقها ذلك , قال وهو بعد انعقاد الإجماع فلا يقدح فيه".

---

أبو حنيفة إلاّ أنها ترث مادام في العدة , وهو قول للإمام الشافعي , و رواية عن الإمام احمد , انظر المصادر التالية .

([1]) الهداية وعليها شرح فتح القدير و العناية :150/3 , و تحفة الفقهاء :278/2, والمنتقيى :85/4 , و المغني و الشرح الكبير: 7 / 218 .

ويمثل ما تقدم قول المالكية والحنابلة , غير أنهم لم يصرحوا بأنه استحسان.

وقال الحنفية في هذه المسألة أوجها أخرى للاستحسان وهي:

1. قياس توريث البائن في العدة على ما لو وهب المريض كل ماله , أو تبرع بشيء منه لبعض الورثة , في مرض موته بجامع أن كل إبطال حق بعد تعلقه بماله ، وهذا لأن حق الورثة متعلق بماله بالمرض لأنه سبب الموت ، ولذا حجر على التبرعات بما زاد على الثلث , والزوجة من الورثة وقد تعلق حقها بماله في مرضه , وفي إبانتها في المرض إبطال لهذا الحق فلا ينفذ حكمه.

ومن هنا قال المرغيناني : أنه استحسان لدفع الضرر[1], وبهذا يكون استحساناً بالإجماع الذي سنده المصلحة.

2. قال ابن الهمام : " و كان مقتضى القياس أن ترث و لو مات بعد تزوجها – كقول مالك – إلاّ أن أصحابنا رأوا أن اشتراط عمل هذه العلة : الإمكان وهو ببقاء العدة , بناء على أن حكم الشرع بالميراث لابد أن يكون بنسب أو سبب وهو الزوجية والعتق , فحيث اقتضى الدليل توريث الشرع إياها لزم أنه اعتبر بقاء النكاح حال الموت , ومعلوم إن بقاءه إما بالحكم بقيامه حقيقة أو بقيام آثاره من منع الخروج والتزوج وغير ذلك , وقيام هذه الآثار ليس إلاّ بقيام العدة فيلزم ثبوت توريثها بموته في عدتها :.

وقال أبو الوليد الباجي مستدلاً بعد أن ذكر الإجماع :

---

(1) الهداية 3/2.

"ومن جهة المعنى إنها فرقة في حال منع تصرفه فيها من غير الثلث فلم يقطع ميراث الزوجة كالموت , ولأن للتهمة تأثيراً في الميراث بدليل منع القاتل من الميراث".

## المطلب الثالث

## نماذج للإستحسان بالضرورة

ويتحقق هذا النوع بعدول المجتهد عن الدليل العام أو القاعدة المقررة في مواضع يتعذر فيها تطبيق مقتضى الدليل المعدول عنه سواء لعدم إمكان تطبيق مقتضى الدليل المعدول عنه في ذلك الموضع أصلاً, أو لما يؤدي ذلك إلى إلحاق حرج عظيم . وتجدر الإشارة إلى إن الأصوليين متفقون على إيقاف العمل بالدليل في موضع الضرورة , غير أن الحنفية وحدهم سموا ذلك استحساناً ، ومن هنا أطلق بعضهم على هذا النوع من الاستحسان , عنوان الاستحسان بالإجماع كما سبق بيان ذلك , ثم أنه متى وجدنا خلافا بين العلماء في موضع صرح فيه الحنفية بأنه استحسان للضرورة ، فإنما ذلك راجع إلى تقديرهم لإمكانية الاحتراز عن المستحسن من أجله وعدم إمكان الاحتراز عنه.

وفيما يأتي أذكر نماذج من استحسان الضرورة.

### النموذج الأول

### (13) عدم الفطر بما لا يمكن الاحتراز عنه

قال في الهداية :

"لو دخل حلق الصائم ذباب وهو ذاكر لصومه لم يفطر استحساناً, والقياس يفسد صومه , لوصول المفطر إلى جوفه , وأن كان لا يتغذى به كالتراب والحصاة"

وجه الاستحسان : انه لا يستطاع الاحتراز عنه فأشبه الغبار والدخان"[1].

وقال ابن جزى من المالكية :

"إن العلماء مجمعون على عدم الفطر بما لا يمكن الاحتراز عنه كالذباب يطير إلى الحلق وغبار الطريق".

وقال ابن قدامة من الحنابلة[2].

"إذا دخل حلق الصائم غبار من غير قصد كغبار الطريق ونخل الدقيق . أو الذبابة تدخل حلقه , أو يرش عليه الماء فيدخل مسامعه أو حلقه وما أشبه ذلك : لا يفسد صومه , لا نعلم فيه خلافاً , لأنه لا يمكن التحرز عنه أشبه ما لو دخل حلقه شيء و هو نائم"[3].

---

([1]) انظر 123/1.

([2]) القوانين الفقهية.

([3]) المغني مع الشرح: 42/3, 50.

**النموذج الثاني**

**(14) حكم الصيد الذي وقع على الأرض فوجد ميتاً**

اختلف العلماء فيما لو رمى الصياد سهمه لصيد فوقع على الأرض ميتاً أيحل أكله أم لا[1] ؟ و لهم في ذلك مذهبان[2].

**المذهب الأول : لا يحل أكلها**

أن تكون الجراحة موحية أو يموت قبل سقوطه .

وإليه ذهب الإمام مالك:

ودليله في ذلك قوله تعالى :

"والمتردية"[3].

ضمن المحرمات حيث أن الصيد المذكور اجتمع فيه المبيح والحاظر فغلب الحظر كما لو غرق .

قال الحنفية : إن عدم الحل هو مقتضى القياس لجواز موته بسبب وقوعه على الأرض .

**المذهب الثاني : يحل أكله**

وإليه ذهب الأئمة أبو حنيفة و الشافعي و احمد بن حنبل .

وصرح الحنفية بأن هذا استحسان .

قال الكاساني في وجهه .

---

(1) واتفقوا على أن الصيد إن وقع أثر الرمي على سطح أو غصن ثم وقع على الأرض لم يحل , انظر : المغني و الشرح :21/11, و المغني المحتاج 274/4, والقوانين الفقهية : 183 , والمجمع الأنهر : 580/2.

(2) المصادر نفسها.

(3) بعض من الآية (3) مكن سورة المائدة.

"لأنه لا يمكن الاحتراز عن وقوع المرمى إليه على الأرض , فلو اعتبر هذا الاحتمال لوقع الناس في الحرج"[1].

وقال ابن قدامة: "لأنه صيد سقط بالإصابة سقوطاً لا يمكن الاحتراز عن سقوطه عليه فوجب أن يحل كما لو أصاب الصيد فوقع على جنبه".

وبمثل هذا قال الشافعية : جاء في مغني المحتاج : "لأن الوقوع على الأرض لا بد منه فعفي عنه كما لو كان الصيد قائماً فوقع على جنبيه لما أصابه السهم وانعدم بالأرض".

**النموذج الثالث**

**(15) الشهادة على الشهادة**

الشهادة عبادة بدنية لا تجزي فيها النيابة , وكان مقتضى ذلك و (هو القياس) – عدم جواز الشهادة على الشهادة , لكن العلماء اجمعوا على قبولها[2]. وقد صرح الحنفية من بينهم بالقول بأن هذا استحسان . قال في مجمع الأنهر:

---

(1) البدائع الصنائع :58/5, والعبرة هنا بقولهم , أنه لا يمكن الاحتراز عنه".

(2) لكنهم اختلفوا في ما يجوز فيها , فذهب الإمامان مالك والشافعي في لظهر قوليه إلى أنها جائزة في الأموال والحدود والقصائص , ونسب صاحب مجمع الأنهر هذا المذهب إلى الإمام احمد أيضاً. وذهب الإمام أبو حنيفة والإمام الشافعي في قول له إلا أنها جائزة في الأموال دون الدماء والحدود وقال ابن قدامة : هو ظاهر مذهب احمد. المغني والشرح :87/12 , ورحمة الأمة :340, والهداية مع شرح فتح القدير :74/6, ومجمع الأنهر :211/2, والقوانين الفقهية:317وفيه : تجوز الشهادة على الشهادة إذا تعذر أداء الشاهد الأول لمرضه أو غيبته أو موته أو غير ذلك وذلك في جميع الحقوق ومنعها الشافعي في حقوق الله وأبو حنيفة في القصاص".

"كان القياس إن لا تجوز الشهادة على الشهادة, لأن الشهادة عبادة بدنية والنيابة لا تجري فيها , لكن أجيزت استحساناً , لأن الحاجة ماسة إليها, إذا شاهد الأصل قد يعجز عن أدائها لبعض العوارض فلو لم تجز لأدى إلى ضياع الحقوق ولهذا جوزت وإن كثرت[1].

جاء في المغني :

إن الشهادة على الشهادة جائزة بإجماع العلماء وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ... لأن الحاجة داعية إليها فإنها لغو لم تقبل لبطلت الشهادة على الوقف وما يتأخر إثباته عند الحاكم ثم يموت شهوده, وفي ذلك ضرر على الناس ومشقة شديدة فوجب أن تقبل كشهادة الأصل".

وقد اشترطوا لقبولها شروطاً عدة أهمها وهو ما يعنيها هنا :

- أن يكون حضور الشاهد الأصل متعذراً[2], سواء كان لموت أو غيبة أو مرض أو حبس أو خوف من سلطان أو غيره .

قال أبن قدامة بعد أن ذكر ما تقدم : (وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي , وحكي عن أبي يوسف ومحمد جوازها مع القدرة على شهادة الأصل قياساً على الرواية وأخبار الديانات , وروى عن الشعبي أنها لا تقبل إلاّ أن يموت شاهد الأصل لأنهما إذا كانا حيين رجي حضورهما فكانا كالحاضرين ، وعن أحمد مثل هذا إلاّ أن القاضي تأوله على الموت

---

(1) نفس الإشارة , وكذا الهداية , وتبيين الحقائق 238/4 , وقرة عيون الأخيار 155/1.

(2) المغني والهداية والقوانين الفقهية : الإشارات نفسها , وأيضاً شرح منتهى الإرادات : 559/3.

وما في معناه من الغيبة البعيدة ونحوها." قال أبن قدامة : ويمكن تأويل قول الشعبي على هذا فيزول الخلاف :

أقول : على قول الجمهور يكون الاستحسان استحساناً بالضرورة و هذا واضح من اشتراطهم (تعذر) حضور الشاهد الأصل.

وأما على قول أبي يوسف و محمد فإن الاستحسان يكون للحاجة لا للضرورة . وذلك لعدم اشتراطهم تعذر وجود شهادة الأصل , ولقد سبق أن بينت أن الحنفية فسروا الضرورة بما لا يمكن الوقوف عندها على الحقيقة .

وتجدر الإشارة إلى أن بعض الحنفية قالوا بان الجواز هو (لشدة الاحتياج إليها) وإنما قالوا ذلك بالنظر إلى الحاجة إلى الشهادة نفسها لما يتعلق بها من الحقوق وإلاّ فهو استحسان للضرورة لعدم التمكن من الحصول على شهادة الأصل . والحالات المذكورة في الشرط واضحة في ذلك .

**النموذج السادس**

**مسائل ذكرها الزركشي**

قال الزركشي في المنثور في القواعد تحت عنوان : الضرورات تبيح المحظورات .

"23. يجوز نبش الميت بعد دفنه للضرورة بأن دفن بلا غسل أو لغير القبلة , أو في أرض , أو ثوب مغصوب , لا للتكفين في الأصح ولا ليدفن عليه آخر , ويجوز غصب الخيط لخياطة جرح حيوان

محترم إذا لم يجد خيطها حلالاً , هذا إذا كان الحيوان غير مأكول اللحم , فإن كان فوجهان :

24. النجاسات إذا عمت البلوى بها يرتفع حكمها .
25. الماء الذي يسيل من فم النائم إذا حكمنا بنجاسته وعمت بلوى شخص به فالظاهر : العفو قاله النووي.
26. ولو عمت البلوى بزرق الطير وتعذر الاحتراز منه عفي عنه كطين الشارع وتصح الصلاة معه.
27. لو ولى الإمام غير أهل نفذ قضاؤه للضرورة , وألحقه الغزالي وغيره بقاضي أهل البغي[1].

**النموذج الخامس**

**(17) استبدال الوقف أو بعضه للضرورة**

قال أبن قدامة :

"إن الوقف إذا خرب وتعطلت منافعه كدار انهدمت أو أرض خربت وعادت مواتاً أو لم تمكن عمارتها أو مسجد انتقل أهل القرية عنه فصار في موضع لا يصلى فيه أو ضاق بأهله ولم يكن توسيعه في موضعه أو تشعب جميعه فلم تمكن عمارته ولا عمارة بعضه إلا ببيع بعضه جاز بيع بعضه لتعمر به بقيته وإن لم يمكن الانتفاع بشيء منه بيع جميعه".

---

([1]) أنظره :2/318-319.

ثم قال : "إن الأصل في الوقف تحريم البيع وإنما أبيح للضرورة صيانة لمقصود الوقف عن الضياع"[1].

وبمثل هذا قال الشافعية في الحصير الموقوف إذا بلي , قال النووي :

والأصح جواز بيع حصر المسجد إذا بليت وجذوعه إذا انكسرت ولم تصلح إلا للإحراق".

وقد عدّ الزركشي هذا استحساناً[2] , وبذلك قال الحنفية في مسجد منهدم وأمثاله[3].

## المطلب الرابع

## نماذج للاستحسان بالحاجة ورفع الحرج

ويتحقق هذا النوع بعدول المجتهد عن الدليل العام أو القاعدة المقررة في مواضع يؤدي اطراد حكم الدليل المعدول عنه إلى إلحاق حرج.

**النموذج الأول**

**(18) نذر التصدق بالمال**

اختلف العلماء فيمن قال : مالي صدقة – أو ما كان في معناه من ألفاظ النذر – ماذا يلزمه ؟ ولهم في ذلك مذاهب ثلاثة هي :

**<u>المذهب الأول</u>**

---

(1) المغني مع الشرح:225/6−227.

(2) البحر المحيط :98/6 , و المغني المحتاج :392/2, وفيه أيضاً ام الحصر الموهوبة أو المشتراة للمسجد فإنها تباح للحاجة.

(3) مجمع الأنهر :751/1, والدر المختار :376/5.

يلزمه التصدق بجميع ماله , سواء الأموال التي تجب فيها الزكاة: كالنقدين والسوائم وأموال التجارة أو غيرها.

وإليه ذهب الإمام الشافعي : وزفر من الحنفية , وحكاه بعضهم قولا للإمام أبي حنيفة[1].

واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم:

"من نذر أن يطيع الله فليطعه"[2].

قالوا: ولأنه نذر طاعة فلزمه الوفاء به , كنذر الصلاة والصيام.

قال: الحنفية في هذا المذهب أنه القياس.

**المذهب الثاني**

يتصدق بثلث ما يملك من الأموال.

وإليه ذهب الإمامان مالك وأحمد وأصحابهم[3].

واستدلوا بعدة آثار منها:

- قوله صلى الله عليه وسلم : لأبي لبابة حين قال إن من توبتي أن أخلع من مالي صدقةً إلى الله وإلى رسوله "يجزئك الثلث"[4].
- وعن كعب بن مالك قال: قلت يا رسول الله إن من توبتي أن انخلع من مالي صدقة إلى الله وإلى رسوله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "امسك عليك بعض مالك"[1].

---

([1]) الأم: 228/2, والهداية مع شرح فتح القدير و العناية: 524/5, ولما روى عن الإمام أبي حنيفة : المغني و الشرح: 339/11, وأحكام القرآن لابن العربي: 1011/2.

([2]) البخاري هامش الفتح: 177/8.

([3]) أحكام القرآن: الإشارة نفسها, والموطأ: 481/2, وبداية المجتهد: 447/1, والمغني مع الشرح: الإشارة نفسها.

([4]) الموطأ: الإشارة نفسها وكذا المغني مع الشرح.

**المذهب الثالث**

يجب عليه التصدق بكل مال تجب فيه الزكاة.

وهو مذهب الإمام أبي حنيفة وجمهور أصحابه[2].

قالوا وهذا استحسان , وأما في وجهه فهناك تفسيران:

أولهما: دلالة العرف الشرعي, وذلك أن كلمة المال عندما تطلق في مجال الصدقات والزكاة إنما ينصرف إلى أنواع معينة منه وهي الأموال النامية التي تتعلق بها الزكاة, فالله تعالى قال في كتابه الكريم .

"والذين في أموالهم حق معلوم للسائل و المحروم"[3].

مريداً بالأموال أنواعاً مخصوصة منها فقط , مع أنها كلمة عامة شاملة لجميع ما يسمى مالا في اللغة فينصرف معنى المال في المثال هنا أيضاً إلى المعنى المخصوص الذي انصرف إليه في القرآن بجامع إن الموضوع في كلا المحلين هو الصدقة وهي التي أثرت في استعمال هذا الاصطلاح الخاص لكلمة المال.

**الثاني:** لو استعملت كلمة المال في المثال المذكور بمعناها العام, والزم الرجل بالتصدق بجميع أمواله لوقع في ضرر وحرج ولا صبح عالة على الغير , بعد أن كان في غنى عنهم, ومنع الضرر أصل من

---

([1]) البخاري هامش الفتح: 9/4, وسنن ابي داود: 215/2, و المغني وبداية المجتهد: الإشارة نفسها.

([2]) الهداية: 334/2, 524/5-525, وبدائع الصنائع: 221/6. والاعتصام: 139/2-140, ونهاية السول: 40/4, والابهاج: 189/3, وشرح الاسنوى والبدخشي على منهاج الوصول: 138/3.

([3]) سورة المعارج: 24,25.

الأصـول التـي اعتمـدها الشـارع فـي أحكامـه , فكـان هـذا قرينـة صارفة لكلمة المال عن معناها العام إلى اصطلاحها الشرعي في باب الصدقات[1].

**النموذج الأول**

**(19) الجهالة اليسيرة في باب الوكالة**

عرف بعض الحنفيـة الوكالـة بأنهـا عبـارة عن: "إقامـة الغيـر مقـام نفسه ترفهاً أو عجزاً في تصرف جائز معلوم"[2].

والظـاهر أن العلمـاء متفقـون علـى أن الجهالـة اليسـيرة تتحمـل فـي بـاب الوكالـة , وعـد الحنفيـة والمالكيـة هذا استحسـانا بنـاءً علـى أن القيـاس يقضي بفساد العقد المتضمن للجهالة كثيرة كانت أم قليلة[3].

وفيما يأتي بعض مما قاله العلماء بهذا الشأن.

قال المرغيناني:

"الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحساناً, لأن مبنى التوكيل على التوسعة لأنه استعانة , وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع"[4].

ووضح الكاساني وجه الاستحسان أكثر فقال:

---

(1) الهداية, وبدائع الصنائع: الإشارة نفسها, وضوابط المصلحة 223–224, 384–385, و المبسوط: 93/12, وقد عد الدكتور محمد سعيد رمضان البوسطي هذا المثال من المصلحة المرسلة. انظر ضوابط المصلحة نفس الإشارة.

(2) الدر المختار: 510/5,و الدر المنتقى: 221/2.

(3) بدائع الصنائع: 23/6, والاعتصام: 142/2.

(4) الهداية: 193/3.

"لأن الجهالة القليلة في باب الوكالة لا تفضي إلى المنازعة لأن مبنى التوكيل على الفسحة و المسامحة, فالظاهر انه لا تجوز المنازعة فيه عند قلة الجهالة بخلاف البيع, لان مبناه على المضايقة و المماسكة, لكونه معاوضة المال, فالجهالة فيه وان قلت تفضي الى المنازعة فتوجب فساد العقد فهو الفرق"[1].

وقال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج:

"وليكن الموكل فيه معلوما من بعض الوجوه حيث يقل معه الغرر, ولا يشترط علمه من كل وجه, لأن تجويز الوكالة للحاجة يقتضي المسامحة فيه , فيكفي أن يكون معلوماً يقل معه الغرر, بخلاف ما إذا أكثر "[2].

والظاهر أن ما تقدم هو مبنى تفرقة الحنابلة أيضاً بين الجهالة الفاحشة والقليلة . ومن صور التفرقة هذه ما قاله ابن قدامة , من أنه لا يشترط ذكر قدر الثمن في التوكيل بشراء ثوب , لأنه إذا ذكر الموكل نوعاً فقد أذن في أعلاه ثمناً فيقل الغرر[3].

وتكلم الشاطبي عن اليسير والقليل في العقود بوجه عام وقال:

يترك الدليل في اليسير لتفاهته ونزارته لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق , فقد أجازوا التفاضل اليسير في المراطلة الكثيرة, وأجازوا البيع بالصرف إذا كان أحدهما تابعا للآخر , وأجازوا بدل الدرهم الناقص بالوازن لنزارة ما بينهما , والأصل المنع في الجميع لما في الحديث, من

---

([1]) بدائع الصنائع: الإشارة نفسها.
([2]) انظره: 221/2.
([3]) المغني مع الشرح: 213/5.

أن الفضة بالفضة والذهب بالذهب مثلا يمثل سواء وان من زاد أو ازداد فقد أربى , ثم وجه ذلك بقوله:

"إن التافه في حكم العدم ولذلك لا تتصرف إليه الأغراض في الغالب, وأن المشاحة في اليسير قد تؤدي إلى الحرج والمشقة وهما مرفوعان عن المكلف".

وقال في موضع آخر:

"إن نفي جميع الغرر في العقود لا يقدر عليه وهو يضيق أبواب المعاملات وهو تحسيم أبواب المفاوضات , فسومح المكلف بيسير الغرر لضيق الاحتراز مع تفاهة ما يحصل من الغرض[1].

وقال ابن رشد في بداية المجتهد:

"الفقهاء متفقون على أن الغرر الكثير في المبيعات لا يجوز وأن القليل يجوز ويختلفون في أشياء من أنواع الغرر فبعضهم يلحقا بالغرر الكثير وبعضهم يلحقها بالغرر القليل المباح لترددها بين القليل والكثير"[2].

ويظهر بما تقدم أن التفرقة بين يسير الغرر وكثيره أصبحت قاعدة بحد ذاتها ومع ذلك فإن آرائهم قد اختلفت في بعض المسائل تبعاً لما رأوه من كون الجهالة فاحشة أو يسيره . ومن أمثلة ذلك:

إذا قال لغيره اشتر لي ثوباً , فقد اختلف العلماء في جواز هذا التوكيل على مذهبين[3]:

---

([1]) الاعتصام : 142/2, 143, 144.

([2]) الاعتصام: 167/2.

([3]) الوجيز للغزالي: 188/1, ومغني المحتاج: 221/2, والمعني مع الشرح: 213/5, ومجمع الأنهر وبهامشه الدر المنتقى: 227/2, والدر المختار: 516/5.

**المذهب الأول : لا يجوز**

وإليه ذهب الحنفية , وجمهور الشافعية , وبعض الحنابلة كأبي الخطاب . وعمدتهم في ذلك: إن هذه جهالة فاحشة , لكونها في الجنس.

قال أبن قدامة:

"وإن قال اشتر ثوبا ولم يذكر جنسه , قال أبو الخطاب: لا يصح, وهو مذهب الشافعي لأنه مجهول".

**المذهب الثاني : يجوز**

وإليه ذهب بعض الشافعية وبعض الحنابلة.

قال ابن قدامة:

"وإذا قال اشتر لي ثوبا ولم يذكر جنسه صح أيضاً كالقراض".

هذا فيما اقتصر على ذكر الثوب فقط , وأما إذا ذكر نوعه بأن قال ثوب هروى أو غيره , فقد أجازه الحنفية استحساناً , وبه قال الشافعية, وأبو الخطاب من الحنابلة.

وحاصل الكلام أن إجازة التوكيل حال تضمنه لجهالة يسيرة, تعتبر استحسانا عند الحنفية , وإذا كانت الوكالة قد أجيزت للحاجة على ما نصّ عليه الحنفية والشافعية والحنابلة, وكذا المالكية على ما ظهر من أقوالهم التي تقدمت , فإن هذا يعني أن القول بجواز الوكالة حال تضمنها ليسير الغرر استحسان للحاجة , ورفع الحرج.

**النموذج الثالث**

**(20) القراض (المضاربة)**

وهو أن يعطي الرجل المال على أن يتجر به , على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال, أي جزء كان مما يتفقان عليه : ثلثاً أو ربعاً أو نصفاً.

قال ابن رشد:

لا خلاف بين المسلمين في جواز القراض , ثم قال:

وإن هذا مستثنى من الإجارة المجهولة , وإن الرخصة في ذلك إنما هي لموضع الرفق بالناس[1].

1 انظر: بداية المجتهد: 256/2.

**النموذج الرابع**

**(21) إستقراض الخبز**

اختلف العلماء في ذلك على مذهبين:

**المذهب الأول: لا يجوز:** لا وزنا ولا عددا.

وإليه ذهب الإمام أبو حنيفة.

جاء في ملتقى الأبحر وشرحه:

"ولا يستقرض الخبز أصلاً , أي: لا وزناً ولا عدداً عند الإمام, للتفاوت الفاحش من حيث الطول والعرض والغلط والدقة ومن حيث الخباز والتنور"[1].

والمنع هو مقتضى القياس , لأن الأشياء المطعومة مما يكال ويوزن لا يجوز إقراض شيء منها واستيفاء أكثر منه قياساً على بيع بعضها ببعض من جنسه أكثر منه .

**المذهب الثاني : يجوز وزنا لا عدداً**

وإليه ذهب الإمام احمد في رواية عنه وعليه بعض الحنابلة, وبه قال أبو يوسف , وإليه ذهب بعض الشافعية[2].

---

([1]) انظره: 89/2, وبهامشه الدر المنتقى, و الهداية: 66/3, و المغني مع الشرح: 359/4, و المدخل لدراسة الشرعية تأليف الاساتذة: الدكتور مصطفي ابراهيم الزلي, و الدكتور حمد عبيد الكبيسي, ومحمد عباس السامرائي: ص89.

([2]) المصادر نفسها, وشرح منتهى الارادات: 226/2-227, ومغني المحتاج, 119/2, وفيه: وذكر في التتمة وجهين في اقراض الخمير الحامض: احدهما الجواز ورجحه بعض المتأخرين وهو الظاهر لاطراد العادة به خلافا لما جزم به في الانوار من المنع قال السبكي: و العبرة بالوزن كالخبز.

وعمدتهم في ذلك: أن التساوي ممكن في الوزن لا في العدد للتفاوت في آحاده .

**المذهب الثالث : يجوز وزناً وعدداً**

وإليه ذهب الإمامان مالك واحمد في رواية عنه , وهو قول محمد بن الحسن, وهو الظاهر من كلام ابن قدامة, ويفهم ذلك من كلام بعض الشافعية[1].

وهذا استحسان.

قال ابن قدامة:

"ويجوز قرض الخبز, ورخص فيه ابو كلابة ومالك ومنع منه ابو حنيفة".

وقال أيضاً:

"إن الأصل تحريم ذلك وانما ابيح لمشقة امكان التحرز منه".

وجاء في الدر المنتقى عن بعض علماء الحنفية, بأن هذا استحسان تيسيراً .

وقال في المهذب: "اذا اقرضه الخبز وشرط ان يرد عليه الخبز ففيه وجهان, أحدهما يجوز لان مبناه على الرفق".

ذكر ابن قدامة الأدلة الآتية:

---

(1) مصادر الحنفية والحنابلة نفسها, والمذهب: 304/1.

(1) **ما روى عن ام المؤمنين عائشة رضي الله عنها** ، قالت:

"قلت يا رسول الله أن الجيران يستقرضون الخبز والخمير ويردون زيادة ونقصاناً فقال: لا بأس أن ذلك من مرافق الناس لا يراد به الفضل"[1].

(2) **سئل معاذ بن جبل عن إستقراض الخبز والخمير** ، فقال:

"سبحان الله إنما هذا من مكارم الأخلاق , فخذ الكبير وأعط الصغير وخذ الصغير وأعط الكبير".

(3) **لان هذا مما تدعوا الحاجة اليه ويشق اعتبار الوزن فيه** ، وتدخله المسامحة فجاز كدخول الحمام من غير تقدير أجرة والركوب في سفينة الملاح وأشباه هذا.

وأما مصادر الحنفية المتوفرة لم تذكر أثراً واقتصرت على القول بأن هذا استحسان للتعامل فعلى ذلك نص المرغيناني, وقال شيخ زادة في مجمع الأنهر.

"وعند محمد يجوز عددا أيضاً للتعارف و التعامل, وفي شرح المجمع: الفتوى على قول محمد وفي الفتح: وأنا أرى قول محمد أحسن لكونه أيسر وأرفق".

(1) إرواء الغليل : 232/5.

**النموذج الخامس**

**(22) اشتراط الخيار لغير المتعاقدين**

لا خلاف بين الأئمة في جواز اشتراط الخيار من قبل المتعاقدين لكنهم اختلفوا في جواز اشتراط الخيار من المتعاقدين أو أحدهما لشخص ثالث أجنبي .

ولهم في ذلك مذهبان:

**المذهب الأول : لا يجوز اشتراط الخيار لغير المتعاقدين**

وإليه ذهب الإمام الشافعي في قول له, وبه قال زفر من الحنفية, وبعض الحنابلة[1].

واستدلوا بما يأتي:

إن الخيار حكم من أحكام العقد فلا يثبت لغير المتعاقدين كالثمن ولأن هذا يعدّ تعليقاً لإنفساخ البيع وإبرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك .

وقد ذكر الحنفية أول الدليلين على انه وجه القياس, وأضاف زفر دليلاً آخر فقال:

إن اشتراط الخيار للعاقد مع أن القياس يأباه ثبت بالنص فبقي اشتراطه لغيره على أصل القياس[2].

---

(1) الهداية مع شرح فتح القدير: 126/5, وبدائع الصنائع: 174/5, والمذهب: 258/1, ومع المجموع: 210/9, والمغني والشرح: 100/4-101, وشرح منتهى الارادات: 170/2.

(2) بدائع الصنائع: الإشارة نفسها, وسيأتي رد الكاساني على هذا لاحقاً.

**المذهب الثاني : يجوز اشتراط الخيار لغير المتعاقدين**

واليه ذهب الأئمة أبو حنيفة , ومالك , والشافعي في أصح قوليه: قال الحنفية: هذا استحسان[1].

**الأدلة:**

قال ابن قدامة مستدلاً على الجواز:

"إن الخيار يعتمد شرطهما ويفوض إليهما وقد أمكن تصحيح شرطهما وتنفيذ تصريفهما بتصحيح الخيار للأجنبي إذا شرطاه , فلا يجوز إلغاؤه مع إمكان تصحيحه لقول الرسول صلى الله عليه وسلم :

"المسلمون على شروطهم"[2].

وأما الحنفية و الشافعية فقد اتفقوا في الدليل غير أنهم لم يسموه استحساناً.

قال الرويانى من الشافعية:

"ويجوز للعاقد نفسه شرطه لا جنبي لأن الحاجة تدعو إلى ذلك لكونه اعرف بالمبيع , وإذا مات الأجنبي يثبت الخيار للشارط"[3].

وقال أبو اسحق الشيرازي :

"... يصح لأنه جعل إلى شرطهما للحاجة وربما دعت الحاجة إلى شرطه للأجنبي بأن يكون أعرف بالمبتاع منهما".

---

(1) المصادر السابقة, وبداية المجتهد: 229/2, و مغني المحتاج: 46/2.

(2) سنن أبي داود: 273/2.

(3) مغني المحتاج: الإشارة السابقة.

وقال الحنيفة أيضاً: إن الحاجة الداعية هي وجه الاستحسان, فقال ابن الهمام:

"إن الحاجة تمس إلى اشتراطه للغير لان شرعيته لاستخلاص الرأي , وقد يكون الإنسان يعلم من نفسه قصور الرأي والتدبير غير واثق بها في ذلك بل بغيره ممن يعلم حزمه وجودة رأيه ومعرفته بالقيم وأحوال البياعات فبشرط الخيار يحصل له المقصود من شرعيته فيجب تصحيحه".

وقد رد الكاساني استدلال زفر السالف الذكر بما نصه:

"أن النص معلول بالحاجة إلى التأمل لدفع الغبن, و الناس يتفاوتون في البصارة بالسلع , فمن الجائز أن يكون المشروط له الخيار أبصر منه , ففوض الخيار إليه ليتأمل في ذلك فإن صلح أجازه وإلاّ فسخ" .

وثبت بالفقرة الأخيرة , إن تعدية الحكم المستحسن متوقفة على معرفة العلة[1].

---

(1) قارن بين هذا وبين ما تقدم من الكلام عن تعدية الحكم المستحسن.

## المطلب الخامس

## نماذج للاستحسان بالمصلحة

ويتحقق ذلك في كل مسألة يثبت لها حكم بمقتضى دليل عام أو قاعدة مقررة ووجدت مصلحة تقتضي استثناءها و إعطاءها حكما آخر[1].

**النموذج الأول**

**(23) تضمين الأجير المشترك (الصناع)**

لا خلاف بين الأئمة في أن الأجير الخاص ليس بضامن لما هلك في يده مما أستؤجر عليه إلاّ أن يتعدى , واختلفوا في الأجير المشترك[2] على مذاهب أبرزها ثلاثة :

**المذهب الأول : لا يضمن إلاّ بالتعدى**

وإليه ذهب الإمام الشافعي في قول له , وبه قال زفر من الحنفية, وهو القول الذي تناقلته أكثر مصادر الحنفية عن الإمام أبي حنيفة[3].

قال الحنفية, هذا مقتضى القياس وفي وجهه قال المرغيناني:

"لأن العين أمانة في يده لأنه قبض بأذنه".

---

([1]) لأستاذنا مسائل من الفقه المقارن: 47/1.

([2]) (الأجير الخاص) هو الذي يقع معه العقد على مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميع المدة , ويستحق الأجر ولو لم يعمل شيئا, وقيل الذي يعمل في منزل المستأجر وقيل هو الذي لم ينتصب للناس, وذلك كشخص أستؤجر لخدمة أو عمل في بناء, أو خياطة يوما أو شهرا, (والمشترك) هو الذي يقع العقد معه على عمل معين كخياطة ثوب, وبناء حائط, وحمل شيء إلى مكان معين ويتقبل أعمالاً لاثنين أو ثلاثة أو أكثر في وقت واحد ولا يستحق الأجر إلاّ بعمل , انظر: المغني 106/6, وبداية المجتهد: 251/2, وكشف الأسرار على أصول البزدوى: 218/3, ورد المحتار: 64/6—65, وروضة القضاة: 483/2.

([3]) الوجيز للغزالي: 237/1, و القوانين الفقهية: 341, و الهداية: 246/3, وبدائع الصنائع: 211/4, ومجمع الانهر: 391/2, ورد المحتار: 65/6.

أقـول : ذكـر الشـاطبي أن الإجـراء مؤتمنـون بالـدليل لا بـالبراءة الأصلية[1], و الظاهر أنه يقصد بالدليل قوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضمان على مؤتمن".

وفـي وجـه القيـاس الـذي ذكـره المرغينـاني وغيـره مـن الحنفيـة اشـارة الى هذا النص الذي اصبح قاعدة عند الفقهاء.

**المذهب الثاني : أنه ضامن مطلقاً**

وإليـه ذهـب الأئمـة مالـك واحمـد والشـافعي فـي قـول, وهـو مـذهب الإمام ابي حنيفة على ما ذكر السرخسي وابن قدامة.

قـال ابـن رشـد: "وأمـا تضـمين الصـناع ومـا ادعـوا هلاكـه مـن المصنوعات المدفوعة إليهم فإنهم اختلفوا في ذلك , قال مالك : يضمنون ما هلك عندهم"[2].

وقال ابن قدامة:

"الأجير المشترك ضامن لما جنت يداه , فالحائك إذا فسد حياكته ضامن لما أفسد , نص أحمد على هذه المسألة في رواية ابن منصور, ثم قال:

وهو قول أبي حنيفة و مالك واحد قولي الشافعي, وقال في الآخر لا يضمن ما لم يتعد"[3].

وقال السرخسي:

---

(1) الاعتصام: 141/2, و للحديث الآتي: السنن الكبرى: 289/6.
(2) بداية المجتهد: 251/2.
(3) المغنى مع الشرح: 106/6.

"لو كان الراعي مشتركا يرعى لمن شاء, على قول أبي حنيفة هو ضامن لما يهلك بفعل من سباق أو سعي أو غير ذلك , لأن الأجير المشترك ضامن لما جنت يداه وإن لم يخالف في إقامة هذا العمل ظاهراً كما في القصار إذا دق الثوب فتخرق"[1].

**المذهب الثالث : أنه ضامن لما هلك تحت يده**

إلا ما كان بسبب لا يمكن الاحتراز عنه كالغرق والحريق الغالب فإنه لا يضمن حينئذٍ.

وإليه ذهب محمد وأبو يوسف من الحنفية.

قال الكاساني وغيره من الحنفية:

هذا استحسان صيانة لأموال الناس[2].

هذا وقد لخص ابن رشد دليل من قال بالضمان ومن قال بعدم الضمان بالقول :

"وعمدة من لم ير الضمان عليهم انه شبه الصانع بالمودع عنده والشريك والوكيل , ومن ضمنه فلا دليل له إلاّ النظر إلى المصلحة وسد الذريعة .

وكون المصلحة دليل التضمين صرح به الحنفية وكذا الحنابلة".

قال ابن قدامة :

---

([1]) المبسوط: 161/15, وانظر لقولي الإمام الشافعي أيضاً روضة القضاة: 483/2.

([2]) الهداية و بدائع الصنائع ورد المحتار وروضة القضاة: الاشارات السابقة.

"ولنا ما روى عن على رضي الله عنه انه كان يضمن الإجراء ويقول : لا يصلح الناس إلاّ ذاك , وروى الشافعي بإسناده عن علي رضي الله عنه أنه كان يضمن الإجراء ويقول : لا يصلح الناس إلاّ ذاك".

وتجدر الإشارة إلى أن من نسب إلى الإمام أبي حنيفة القول بعدم الضمان من علماء الحنفية , اختلفوا في المفتى به : أهو قول الإمام أم قول الصاحبين ؟ فقال بعضهم, المفتى به قول الإمام, وقال آخرون: المفتى به قول الصاحبين وانه المذهب:

قال ابن عابدين:

"قال في التبيين : وبقولهما يفتى لتغير أحوال الناس وبه يحصل صيانة أموالهم لأنه إذا علم أنه لا يضمن ربما يدعي أنه سرق أو ضاع من يده"[1].

**النموذج الثاني**

**(24) إلحاق نسب اللقيط بمدعيه دون بينة**

إذا ادعى رجل نسب لقيط حي سواء كان المدعي: الملتقط أو غيره فهل يثبت نسب اللقيط منه بمجرد دعواه أو لابد له من الإتيان ببينة؟

اختلف العلماء هنا على مذهبين:

**المذهب الأول : لا يلحق نسبه بالمدعي إلا ببينة**

وإليه ذهب الإمام مالك:

---

([1]) رد المحتار: 65/6, وفيه أقوال علماء الحنفية بشأن ما عليه الفتوى في هذه المسألة.

ووجه قوله على ما ذكر الباجي:

"أنه ليست هنالك شبهة تصدق دعواه وليس له ان يعلق به نسب لا شبهة له فيه"[1].

قال الحنفية: إن هذا المذهب هو القياس و ذكروا فيه وجهين تبعا لدعوى الملتقط, أو غيره , فقالوا بالنسبة إلى الملتقط:

إن الملتقط , لما زعم انه لقيط كان نافياً نسبه لأن أبنه لا يكون لقيطا في يده, ثم ادعى انه ابنه فكان مناقضا.

وقالوا في المدعي الذي هو غير الملتقط:

إن فيه إبطال حق ثابت – الحفظ للملتقط , وحق الولد للعامة – بمجرد دعوى. وقالوا أيضاً فيما هو شامل للحالتين معا في وجه القياس: "لأن المدعي يدعي أمراً جائز الوجود والعدم فلا بد لترجيح احد الجانبين على الآخر من مرجح, وذلك بالبينة ولم توجد فلا يلحق به"[2].

---

([1]) المنتقى: 2/6. وقال ابن جزي في هذه المسألة: فاختلف هل يلحق به دون بينة ام لا "انظر القوانين الفقهية: 389-349.

([2]) البناية: 6/6, وشرح فتح القدير و العناية: 4/418-419, و بدائع الصنائع: 199/6, ورد المحتار: 271/4, ومجمع الانهر: 710/1.

**المذهب الثاني : يلحق بالمدعي**

وإليه ذهب الأئمة , أبو حنيفة والشافعي واحمد وأصحابهم , كما هو مذهب بعض المالكية كأشهب"[1].

قال الحنفية: هذا استحسان.

قال المرغيناني:

وجه الاستحسان: أنه إقرار للصبي بما ينفعه , لأنه ليتشرف بالنسب و يعير بعدمه.

وقال الكاساني:

"إن المدعي اخبر بأمر محتمل الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن بالمخبر وهو الأصل إلاّ إذا كان في تصديقه ضرر بالغير وههنا في التصديق وإثبات النسب نظر من الجانبين: جانب اللقيط بشرف النسب والتربية والصيانة عن أسباب الهلاك وغير ذلك , وجانب المدعي بولد يستعين به على مصالحة الدينية والدنيوية , وتصديق المدعي في دعوى ما سينتفع ولا يتضرر به غيره بل ينتفع به لا يقف على البينة وسواء كان المدعي مسلماً أو ذمياً".

وبمثل قول الحنفية قال غيرهم من أصحاب هذا المذهب غير أنهم لم يصرحوا بأنه استحسان.

قال ابن قدامة:

---

([1]) المصادر السابقة , والمغني و الشرح: 391/6, و المهذب: 436/1, ومغني المحتاج: 427/2.

"لأن الإقرار محض نفع للطفل لاتصال نسبه ولا مضرة على غيره فيه فقبل كما لو أقر بمال".

وقال أبو اسحق الشيرازي:

"لأنه أقر بحق لا ضرر فيه على احد فقبل كما لو اقر بمال".

وبمثل هذا قال الشربيني في مغني المحتاج.

وظاهر من كلام ابن قدامة وأبي اسحق الشيرازى أن الشافعية والحنابلة قاسوا المسألة على الإقرار بمال.

وقريب من ذلك ما ذكره بعض الحنفية في وجه الاستحسان, قال ابن عابدين:

"وجه الاستحسان: أنه إقرار للصبي بما ينفعه, و التناقض لا يضر في دعوى النسب وإبطال حق الملتقط ضمنا ضرورة ثبوت النسب, وكم من شيء يثبت ضمناً لا قصداً , ألاّ ترى أن شهادة القابلة بالولادة تصح ثم يترتب عليها استحقاقه الإرث , ولو شهدت عليه ابتداء لم يصح"[1].

ولعل قياس المسألة على شهادة القابلة هو المراد بكلام المرغيناني, فبعد أن قال ما تم نقله في وجه الاستحسان, قال:

"ولو ادعاه الملتقط قيل: يصح قياساً واستحساناً , والأصح انه على القياس – الجلي – والاستحسان – القياس الخفي– ".

---

([1]) رد المحتار: 271/4.

**النموذج الثالث**

**(25) الشفعة في الثمار**

لا خلاف بين العلماء في أن الشفعة شرعت لحكمة , هي , دفع الضرر, وصرح الحنفية بأن الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه[1], فهي بذلك استحسان.

وقد اتفق العلماء على أن الشفعة واجبة في الدور والعقار والأرضين واختلفوا فيما عدا ذلك[2], ومما اختلفوا فيه الشفعة في الثمار[3], إذ لهم بشأنها مذهبان.

**المذهب الأول : لا تثبت فيها الشفعة**

وإليه ذهب الأئمة مالك في رواية عنه , والشافعي وأحمد بن حنبل[4].

قال ابن قدامة :

"وما لا تثبت فيه الشفعة تبعا ولا مفردا وهو الزرع والثمرة الظاهرة تباع مع الأرض فإنه لا يؤخذ بالشفعة مع الأصل, وبهذا قال الشافعي".

وقال البهوتي:

---

([1]) الهداية: 24/4, 34.

([2]) بداية المجتهد: 279/2.

([3]) أستاذنا الدكتور هاشم جميل عبدالله : 49/1.

([4]) المنتقى: 201/6, و القوانين الفقهية: 291, وبداية المجتهد, الإشارة نفسها. ورحمة الأمة: 178, و المغني مع الشرح: 464/5, وشرح منتهى الارادات: 436/2.

"ولا شفعة فيما ليس بعقار – أي ارض – كشجر و بناء مفرد وحيوان وجوهر وسيف ونحوهما كسفينة وزرع وثمر وكل منقول لأنه لا يبقى على الدوام ولا يدوم ضرره بخلاف الأرض ... ولا يؤخذ ثمر ظاهر وزرع بشفعة لا تبعاً ولا مفرداً , لأنه لا يدخل في البيع تبعاً فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار , وعكسه البناء والغراس , إذ الشفعة بيع حقيقة إلاّ أن للشفيع سلطان الأخذ بغير رضا المشتري"[1].

قال الحنفية في هذا المذهب انه القياس, قال ابن عابدين:

وفي القياس لا يكون له اخذ الثمرة لعدم التبعية كالمتاع الموضوع فيها[2].

**المذهب الثاني : فيها الشفعة**

وإليه ذهب الإمامان أبو حنيفة , ومالك في رواية[3]:

قال الحنفية هذا استحسان, وفي وجهه قال ابن عابدين:

إن الثمر باعتبار الاتصال صار تبعاً للعقار كالبناء في الدار .

## النموذج الرابع

## (26) حكم عقد المساقاة بموت صاحب الأرض

الظاهر أن القائلين بجواز عقد المساقاة متفقون على أن عقد المساقاة لا تنفسخ بموت صاحب الأرض[1], ومع ذلك فإن الحنفية وحدهم صرحوا بأن هذا استحسان:

---

([1]) شرح منتهى الارادات: الإشارة نفسها.

([2]) رد المحتار: 234/6.

([3]) المصادر السابقة.

"قال في الهداية:

"وتبطل المساقاة بالموت لأنها في معنى الإجارة , فإن مات رب الأرض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر وإن كره ذلك ورثة رب الأرض استحساناً , فيبقى العقد دفعاً للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر"[2].

**النموذج الخامس**

**(27) مسألة المشركة[3]**

وصورة المسألة: "أن تموت امرأة عن زوج , وأم – أو جدة –, وأخوة لأم وأخوة أشقاء.

فللزوج هنا النصف , وللام السدس وللأخوة من الأم الثلث, ولكن أيشترك الأخوة الأشقاء مع الأخوة لأم في ذلك الثلث أم لا؟ هذا ما اختلف فيه العلماء على مذهبين.

**المذهب الأول : لا شيء للأخوة الأشقاء**

وإليه ذهب الإمامان : أبو حنيفة واحمد بن حنبل وأصحابهما, وهو مروي عن علي, وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عباس وأبي موسى

---

([1]) المنتقى: 135/5, وشرح منتهى الارادات: 345/2, و المغني مع الشرح: 572/5-573, ومغني المحتاج: 331/2.

([2]) الهداية: 60/4.

([3]) سميت بالمشركة و المشركة, لا شراك او اشتراك الاخوة الاشقاء مع الاخوة في الميراث. من قبل من يأتي ذكرهم من العلماء, وقد سميت باسماء اخرى على ما سيأتي.

الأشعري, رضي الله عنهم, واليه ذهب ابن أبي ليلي , وأبو ثور, ويحيى بن آدم ونعيم ابن حماد وابن المنذر وداود الظاهري, وقد ذهب عمر بن الخطاب رضي الله عنه في قضاء له إلى هذا[1].

ومن الحجة لأصحاب هذا المذهب على ما ذكر ابن قدامة وابن رشد:

- أن الأخوة الأشقاء عصبة , فلاشيء لهم إذا أحاطت فرائض ذوى السهام بالميراث.
- ولأن الإجماع قد انعقد على أن من ترك زوجاً وأماً وأخاً واحداً لأم وأخوة أشقاء عشرة أو أكثر, أن الأخ لـلأم يستحق هنا السدس كاملا والسدس الباقي بين الباقين, مع أنهم مشاركون له في الأم[2].

**المذهب الثاني : أن الأخوة الأشقاء يشاركون الأخوة لأم في الثلث**

وإليه ذهب الإمامان مالك والشافعي , وهو مروى عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم[3], واحتج المالكية والشافعية بما يأتي:

(1) إن الأخوة لـلأب والأم يشاركون الأخوة لـلأم في السبب الذي به يستوجبون الإرث وهي الأم , فوجب أن لا ينفردوا به دونهم , لأنهم إذا

---

([1]) المغني و الشرح: 220/7−230, ومجموع الفتاوى لابن تيمية: 31−339−342, والدر المختار: 789/6 وفيه: ليس عند الحنفية مسألة المشتركة اتفاقا.

([2]) بداية المجتهد: 374/2, و المغني: الإشارة نفسها, و المصادر التالية.

([3]) بداية المجتهد: نفس الإشارة, و المنتقى: 20/6−231, والقوانين الفقهية: 398, ورحمة الأمة: 203, ومغني المحتاج: 17/3−18.

اشتركوا في السبب الذي به يورثون وجب أن يشتركوا في الميراث , وقد قال تعالى:

"وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث"[1].

لكن أورد ابن قدامة هذه الآية الكريمة دليلاً للمذهب الأول فقال:

"لا خلاف في أن المراد بهذه الآية ولد الأم على الخصوص , فمن شرك بينهم فلم يعط كل واحد منهما السدس فهو مخالفة لظاهر القرآن".

(2) قال أبو الوليد الأباجي:

"ودليلنا من جهة القياس: إن هذه فريضة فيها أخوة لأم وأخوة لأب وأم لو انفرد أحدهما لورث , فإذا ورث الأخ من الأم وجب أن يترك الأخ من الأب والأم , أصل ذلك إذا لم يكن في الفريضة أم".

ثم عقب قائلا:

"وعندي – وهو من نفاه الاستحسان – إن نفي التشريك أقيس وأظهر".

**تعقيب**

قال في المغني: قال العنبري: القياس ما قال علي – وهو المذهب الأول – والاستحسان ما قال عمر – وهو المذهب الثاني –, قال الخبري, وهذه وساطة مليحة وعبارة صحيحة . عقب ابن قدامة على هذا قائلا:

(1) سورة النساء: 12.

"وهو كما قال إلاّ أن استحسان المجرد ليس بحجة في الشرع فإنه وضع للشرع بالرأي من غير دليل , ولا يجوز الحكم به ولو انفرد عن المعارض فكيف وهو في مسألتنا يخالف ظاهر القرآن والسنة والقياس؟ وزاد:

"ومن العجب ذهاب الشافعي إليه ههنا مع تخطئته الذاهبين إليه وقوله من استحسن فقد شرع وموافقة الكتاب والسنة أولى".

أقول: أن اختلاف كبار الصحابة رضي الله عنهم هو بحد ذاته يؤكد عدم وجود ما يقطع بنفي التشريك, هذا أولاً , ثانياً: إن الإمام الشافعي علي ما سبق تفصيله أراد بالاستحسان الذي رفضه وعدّه وضعاً للشرع بالرأي : العمل بمصلحة غريبة غير ملائمة لمقاصد الشارع , وهي ليست كذلك هنا, فسبب الإرث في الأخوة الأشقاء هنا موجود وزيادة , فهي عين الحكمة والله تعالي أعلم.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه المسألة تسمى بأسماء أخرى[1], كالحمارية , والحجرية واليمية , والمنبرية , ووجه التسمية بالحمارية: أن بعض الصحابة , أو بعض الأخوة أشقاء قالوا لعمر رضي الله عنه: حين قضي بعدم التشريك بادىء الأمر : هب أن أباهم كان حماراً فما زادهم إلاّ قرباً.

وروي أن بعضهم قالوا : هب أن أباهم كان حجراً ملقى في اليم, وهذا وجه التسمية بالحجرية , واليمية , ويقال أن عمر (رضي الله عنه) سئل وهو علي المنبر ومن هنا سميت المسألة بالمنبرية أيضاً.

---

([1]) المغني: ومغني المحتاج وبداية المجتهد: إشارات السابقة.

**النموذج الثالث**

**(28) بيع الثمار بعد الصلاح بشرط التبقية**

اختلف العلماء , في ذلك على مذاهب ثلاثة :

**المذهب الأول: لا يجوز بشرط التبقية وإذا شرطت فسد العقد**

وإليه ذهب الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف , وهو القياس.

قال المرغيناني:

"ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها أو قد بدا جاز البيع, وعلى المشترى قطعها في الحال, وإن شرط تركها على النخيل فسد البيع, قال: وكذا إذا تناهى عظمها عند أبي حنيفة وأبي يوسف:

ودليلهما في ذلك:

أنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين, لان مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه فهو وشرط القطع سواء , فكان تركها على النخيل شغل ملك الغير, وأما المنفعة فهي زيادة النمو والنضج. وأيضاً: هو صفقة في صفقة وهو إعارة أو إجارة في بيع[1].

**المذهب الثاني : يجوز مطلقا سواء بشرط قطعة أو بشرط إبقائه**

وإليه ذهب الأئمة مالك والشافعي وأحمد[2].

واستدلوا بأحاديث منها:

---

([1]) الهداية مع شرح فتح القدير و العناية: 5/102-103, ورد المحتار: 4/556, ونشر العرف: 38.

([2]) الأم: 3/41-42, ومغني المحتاج: 2/88, والمغني مع الشرح: 4/205, وبداية المجتهد: 2/262.

ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما: أن النبي (صلى الله عليه وسلم): "نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها"[1].

قال ابن قدامة:

فمفهومه إباحة بيعها بعد بدو صلاحها, والمنهي عنه قبل بدو الصلاح عندهم : البيع بشرط التبقية , فيجب أن يكون جائزاً بعد بدو الصلاح , وإلاّ لم يكن بدو الصلاح غاية ولا فائدة في ذكره.

**المذهب الثالث : يجوز بشرط الترك والتبقية إذا تناهى عظم الثمرة ولا يجوز إذا لم يتناه عظمها**

وإليه ذهب محمد بن الحسن , وقال أبن عابدين , وبه يفتى.

قال الحنفية: هذا استحسان للعادة.

قال المرغيناني: واستحسنه محمد للعادة.

وقال البابرتي: واما محمد فقد استحسن هذه الصورة وقال: لا يفسد البيع لتعارف الناس بذلك.

قال ابن الهمام: وجه قول محمد في المتناهي الاستحسان بالتعامل, لأنهم تعارفوا التعامل كذلك فيما تناهى عظمه, فهو شرط يقتضيه العقد.

هذا وقد بين ابن عابدين وجه كون قول محمد هو المفتى به بالقول: "حيث كان قول محمد هو الاستحسان يترجح على قولهما".

وقال ابن الهمام: أن الطحاوي اختاره – أي قول محمد – لعموم البلوى.

**النموذج الثاني**

---

([1]) البخارى هامش الفتح: 100/3.

### (29) بيع المعاطاة

صورة المسألة: أن يدفع المشترى ثمن المبيع للبائع ويأخذ المبيع عن تراض منهما دون أن يحصل بينهما إيجاب مقبول لفظاً.

اختلف العلماء في صحة البيع بهذه الصورة فيه أقوالهم وتباينت النقولات عن بعضهم , ويمكن إرجاع ما قالوه بشأن البيع بالتعاطي إلى مذاهب ثلاثة هي[1]:

**المذهب الأول : لا يجوز البيع بالتعاطي سواء كان المبيع نفيساً أم لم يكن كذلك.**

حكاه بعضهم رواية عن الإمامين إبي حنيفة واحمد بن حنبل, وهو الراجح من مذهب الإمام الشافعي وبه قال جمهور الشافعية , قال النووي وهو المشهور من مذهبنا , واستدلوا بقوله تعالى:

"يا أيها الذين امنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلاّ أن تكون تجارة عن تراض منكم"[2].

وبقوله صلى الله عليه وسلم : "إنما البيع عن تراض"[3].

ووجه الاستدلال: أن الشارع شرط الرضا لصحة البيع, وهو أمر خفي لا يطلع عليه , فأنيط الحكم بسبب ظاهر وهو الصيغة فلا ينعقد بالمعاطاة , إذ الفعل لا يدل بوصفه[4].

---

([1]) للروايات المنقولة عن الإمامين أبي حنيفة وأحمد بن حنبل , رحمة الأمة: 127, مذهب الإمام مالك, و المصدر نفسه, وكذا المغنى لابن قدامة: 504/4.

([2]) سورة النساء: 29.

([3]) زوائد ابن حبان: 271.

([4]) المجموع: 171/9, ومغني المحتاج: 3/2, و الوجيز للغزالي: 132/1 وفيه: لا تكفي المعاطاة أصلاً.

**المذهب الثاني : يجوز مطلقا ولا فرق في ذلك بين نفيس وغيره.**

واليه ذهب الإمام مالك , وهو المنصوص عن الإمام احمد على ما ذكر ابن قدامة.

وهو مذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة[1], وحكاه ابن عبدالرحمن رواية عن الإمام أبي حنفية. وقال: اختاره ابن الصباغ والنووي وجماعة من الشافعية .

وقال الشربيني في مغني المحتاج:

"واختار المنصف , وجماعة منهم المتولي والبغوي الانعقاد بها – أي بالمعاطاة – في كل ما يعده الناس بيعاً"[2].

دليل هذا المذهب:

قال ابن قدامة والنووي:

... لان الله تعالى أحل البيع ولم يثبت في الشرع لفظ له , فوجب الرجوع إلى العرف , فكل ما عده الناس بيعاً كان بيعاً كما في القبض والحرز وإحياء الموات وغير ذلك من الالفاظ المطلقة , فإنها كلها تحمل على العرف ولفظة البيع مشهورة وقد اشتهر الأحاديث عن النبي (صلى الله عليه وسلم) واصحابه رضي الله عنهم في زمنه وبعده ولم يثبت في شيء منها مع كثرتها اشتراط الإيجاب والقبول . وزاد ابن قدامة:

---

([1]) المصادر السابقة, وشرح الزرقاني على مختصر خليل: 3/5, وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 2/3-4, ومفتاح الوصول للتلمساني: 172, والقوانين الفقهية: 250, والهداية مع شرح فتح القدير: 77/5, رد المحتار: 513/4.

([2]) المصدر المذكور, و المجموع وفيه: واختار جماعات من اصحابنا جواز البيع بالمعاطاة فيما يعد بيعا, وقال: وكان الروياني يفتى به, وقال المتوالي وهذا هو المختار للفتوى, وكذا قاله آخرون, وهذا هو المختار.

""إن الناس تبايعوا بالمعاطاة في كل عصر ولم ينقل إنكاره فكان إجماعاً".

والظاهر أن أبن قدامة ومن وافقه يريدون بالعرف هنا الإجماع العملي, لان القول بوجوب الرجوع إلى العرف يستلزم عدم التقيد بالجواز وعدمه لان العرف قد يختلف من مكان لآخر , والإجماع لايجوز مخالفته.

لكن الملاحظ من كلام من ذهب هذا المذهب من المالكية أنهم يريدون بالعرف هنا . ما تعارفه الناس مطلقا دون عرف زمن أو مكان معين, قال الدسوقي: "والحاصل أن المطلوب في انعقاد البيع ما يدل على الرضا عرفاً وإن كان دال الرضى معاطاة وفاقاً لأحمد".

**المذهب الثالث : لا يجوز في الأشياء النفسية ويجوز في غيرها**

حكاه ابن عبدالرحمن رواية عن الإمام أبي حنيفة , قال وبه قال أحمد, وإليه ذهب أبو الحسن الكرخي من الحنفية , وأبن عمار من المالكية , وبعض الشافعية كأبن سريج والروياني, والقاضي أبو يعلي من الحنابلة.

قال ابن الهمام من الحنفية والزرقاني من المالكية: إن هذا استحسان للعادة.

قال ابن الهمام في توجيه قول الكرخي في تفرقته بين النفيس والخسيس:

"وأراد بالخسيس الأشياء المحتقرة : كالبقل والرغيف والبيض والجوز استحساناً للعادة".

وقال الزرقاني:

"وينعقد البيع بما يدل على الرضا وإن بمعاطاة وفاقاً لأحمد وخلافاً لقول الشافعي:

لا بد من القول مطلقاً , ولأبي حنيفة في غير المحقرات, وأختاره النووي واستحسنه أبن عمار المالكي في شرح جمع الجوامع قائلاً : ينبغي للمالكي الوقوف عنده فإن العادة ما جرت قط بالمعاطاة في الأملاك والجواري ونحوهما".

ولم يبين ابن الهمام ولا الزرقاني القياس الذي خولف في هذه المسألة , والظاهر أن المذهب الأول هو القياس , وعلى هذا فإن القول بجوازه في غير النفيس لتعارف الناس ذلك هو وجه الاستحسان.

والذي يبدو لي أن الاستحسان هو في التفرقة بين نوعين من المبيعات , وأرى أن الوجه الحقيقي للاستحسان هو ما ذكره التلمساني المالكي إذ قال:

"والحنفية يفرقون بين الأشياء النفسية فيعتبرون في بيعها الصيغة ولا يكتفون فيها بالمعاطاة ، وأما الأشياء الحقيرة فإن المعاطاة عندهم تكفي فيها, وهذا استحسان ووجهه:

إن الصيغة أدل على الرضا من المعاطاة , فمن المناسب إن يعتبر في الأشياء النفسية ما هو أدل تحصيناً للبيع وصوناً له عن خلل التجاحد في الرضا"[1].

وعلى هذا يمكن عدّ الاستحسان , استحسان المصلحة , ولا يضر ذلك إذا قلنا أنه استحسان للعرف على أساس أن الناس قد تعارفوا استعمال الصيغة اللفظية في الأشياء النفسية مراعاة للمعنى المذكور, ولم يتعارفوه في غير النفيس لانعدام ذلك المعنى , ودفعا للحرج , وقد ورد في كلام الزرقاني أن الناس لم يتعارفوا البيع بالتعاطي في الأملاك والجواري ونحوها قط .

**النموذج الثالث**

**(30) استحقاق الصناع الأجر**

القاعدة المقررة في الإجارة أن تكون على منفعة معلومة وأجر معلوم يذكر عند إنشاء العقد , واختلف العلماء فيما إذا أستؤجر الأجير على عمل ولم تذكر الأجرة عند العقد وقام بالعمل , أيستحق الأجر أو لا؟

وقد جرى هذا الخلاف في استصناع الصناع : كالخياط والصباغ, يأتي صاحب الثوب وغيره فيدفعه إلى الصناع من غير تعرض لذكر الأجر , ويقوم الصناع بالعمل. إذ اختلف العلماء في هذا على مذهبين:

**المذهب الأول : إن الصانع لا يستحق شيئا سواء كان معروفاً بأخذ الأجرة أم لا**

---

([1]) مفتاح الوصول: الإشارة السابقة.

وإليه ذهب الإمام أبو حنيفة[1], والإمام الشافعي وبه قال بعض الشافعية. جاء في مختصر قواعد العلائي وكلام الأسنوي:

"قال الشافعي: إذا لم يجر من المستصنع استئجارهم لا يستحقون شيئا"[2].

وقال النووي:

"ولو دفع ثوباً إلى قصار ليقصره أو خياط ليخيطه ففعل ولم يذكر أجرة فلا أجرة له"[3].

وقال السيوطي:

"استصناع الصناع الجارية عادتهم بالعمل بالأجرة لا يستحقون شيئا إذا لم يشرطوه في الأصح"[4].

وقال الشافعية في وجه هذا المذهب.

"لأن صاحب الثوب وغيره لم يلتزم للصناع عوضاً , فصار كقوله: أطعمني فأطعمه"[5].

والظاهر مما قاله المرغيناني , أن وجه قول الإمام أبي حنيفة هو أن المنفعة لا تتقوم إلاّ بالعقد , وقد انعدم العقد لإنعدام ذكر الأجر , قال المرغيناني:

---

([1]) الهداية مع شرح فتح القدير و العناية: 219/7.
([2]) وهو لابن خطيب الدهشة, أنظره: 371/1.
([3]) المنهاج بشرح مغني المحتاج: 352/2.
([4]) الأشباه والنظائر: 109.
([5]) مغني المحتاج: الإشارة نفسها.

وإن قال صاحب الثوب : عملته لي بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول قول صاحب الثوب عند أبي حنيفة , لأنه ينكر تقوم عمله إذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان , والصانع يدعيه , والقول قول المنكر".

وإلى ذلك مال المرغيناني[1].

**المذهب الثاني : إذا كان الصانع معروفاً بالعمل بالأجر كان له الأجر وإلاّ فلا**

وإليه ذهب محمد بن الحسن[2], وبه قال جمهور الحنفية , وهو مذهب الحنابلة . وبعض الشافعية , والظاهر من مذهب المالكية[3].

قال الحنفية وبعض الشافعية : أن هذا استحسان.

وعمدة قول أصحاب هذا المذهب – وهو وجه الاستحسان– :

إن العرف الجاري في هذا يقوم مقام القول.

قال ابن قدامة:

"إذا دفع ثوبه إلى خياط أو قصار ليخيطه أو يقصره من غير عقد ولا شرط ولا تعريف بأجر , وكان الخياط و القصار منتصبين لذلك ففعلا

---

([1]) الهداية مع شرح فتح القدير: 219/7.

(2) المصدر نفسه, وذهب أبو يوسف إلى أن للصانع الأجر إذا كان المستصنع معاملاً له.

([3]) المصدر السابق, والدر المختار: 75/6, والمغني مع الشرح: 145/5–146, وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 55/4–56, وفيه: والقول للأجير الصناع فيما بيده أنه أستصنع وقال ربه وديعة عنك لان الشأن فيما يدفع للصانع الاستصناع والإيداع نادر ولا حكم له , قال في الحاشية وعندها يستحق أجرة المثل , وهذا فيما إذا ادعى المستصنع أنه وديعة , وواضح أنه لم يذكر أجرة, ويعني هذا بالضرورة أنه إذا دفع إليه ليستصنعها يستحق الأجرة من باب أولى.

ذلك فلهما الأجر... لأن العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول فصار كنقد البلد وكما لو دخل حماماً أو جلس في سفينة مع ملاح , ومتى دفع ثوبه إلى أحد هؤلاء ولم يقاطعه على أجر فله أجر المثل.

وقال المرغيناني معقباً على كلامه الذي تم نقله في المذهب الأول.

"وقال أبو يوسف : إن كان الرجل حريفاً له أي خليطا له فله الأجر وإلاّ فلا لأن سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما , وقال محمد رحمه الله إن كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالأجر فالقول قوله لأنه لما فتح الحانوت لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتباراً للظاهر , ثم قال: والقياس ما قاله أبو حنيفة لأنه منكر, والجواب عن استحسانيهما – أي محمد وأبي يوسف – إن الظاهر للدفع , والحاجة ههنا للاستحقاق".

قال في الدر المختار : وقول محمد هو المفتى به[1].

وقال النووي:

"... وقيل إن كان معروفاً بذلك العمل فله وإلاّ فلا , وقد يستحسن".

قال الشربيني شارحاً:

(وقد يستحسن) هذا الوجه لدلالة العرف على ذلك وقيامه مقام اللفظ كما في نظائره وعلى هذا عمل الناس, وقال الغزالي: أنه الأظهر, وقال الشيخ عز الدين أنه الأصح , وحكاه الروياني في الحلية عن

---

([1]) الإشارة السابقة.

الاكثرين وقال أنه الاختيار , وقال في البحر: وبه أفتي, وأفتي به خلائق من المتأخرين"[1].

قال السيوطي واستحسنه الرافعي[2].

وجاء في المختصر من قواعد العلائي وكلام الأسنوي:

"واستحسنه الشيخ محي الدين وأفتى به جماعة من المتأخرين, لدلالة العرف على ذلك وقيامه مقام اللفظ كما في أمثاله ثم قال النووي وغيره, له أجرة المثل وهو ظاهر , وقال ابن عبد السلام , ما جرت به العادة"[3].

قال عز الدين بن عبد السلام:

"استصناع الصناع الذين جرت عادتهم بأنهم لا يعلمون إلاّ بالأجرة إذا استصنعهم مستصنع من غير تسمية أجرة , كالدلال والحلاق والفاصد والحجام والقصار , فالأصح أنهم يستحقون من الأجرة ما جرت به العادة لدلالة العرف على ذلك"[4].

هذا وقد نقل النووي مذهباً ثالثاً هو أنه يستحق مطلقاً لاستهلاك الدافع عمله[5].

**النموذج الرابع**

**(31) الشراء بشرط إيصال البائع البضاعة إلى منزل المشترى**

---

([1]) مغني المحتاج: 352/2.
([2]) الأشباه: 109.
([3]) أنظره: 371/1.
([4]) قواعد الأحكام: 126/2.
([5]) المنهاج: 352/2.

وصورة المسألة : أن يقول شخص لآخر اشتري منك هذه البضاعة على أن توصلها إلى بيتي.

اختلف العلماء في هذا العقد على ثلاثة مذاهب:

**المذهب الأول : لا يصح مطلقاً**

وإليه ذهب الإمام الشافعي وأصحابه , وهو مذهب محمد بن الحسن من الحنفية . وعمدتهم في ذلك أنه بيع مع شرط , وقد نهى عنه الرسول (صلى الله عليه وسلم) قال في مغني المحتاج:

"ولو اشترى حطباً مثلا على دابة بشرط إيصاله منزله لم يصح وإن عرف منزله , لأنه بيع بشرط , فإن أطلق العقد صح , ولا يجب إيصاله له منزله وإن (اعتيد) بل يسلمه له في موضعه"[1].

وسيأتي وجه قول محمد بن الحسن في المذهب الثالث .

---

[1] الوجيز للغزالي: 138/1, ومغني المحتاج: 32/3.

**المذهب الثاني : يصح مطلقاً**

وهو المنصوص عن الإمام احمد وبه قال الحنابلة[1], وهو الظاهر من مذهب المالكية[2]. وعمدتهم في ذلك ما روى "أن النبي (صلى الله عليه وسلم) باع جملاً واشترط ظهره إلى المدينة"[3].

ثم قالوا أيضاً أن الإمام احمد قال: الشرط الواحد لا بأس به إنما نهي عن الشرطين في البيع , وهو ما روى عن النبي (صلى الله عليه وسلم) أنه قال "لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا بيع ما ليس عندك"[4].

ومما قاله بشأن المثال الخاص في هذه المسألة ما جاء في الشرح الكبير أنه : لو اشترط حمل الحطب إلى منزله و البائع لا يعرف منزله لم يصح وإن شرط حذوها فعلاً فلا بد من معرفة صفتها , كما لو استأجره على ذلك ابتداءً"[5].

وواضح هنا أن الحكم هو بالجواز فيما إذا عرف البائع منزله.

---

(1) شرح منتهى الإرادات: 161/2, والشرح الكبير بأسفل المغني: 4/51-52.

(2) المنتقى: 212/6, و بداية المجتهد: 172/2 وما بعدها, والقوانين الفقهية: 264 وفيه فإن اشترط – أي البائع – منفعة لنفسه كركوب الدابة أو سكنى الدار مدة معلومة جاز البيع والشرط, وان شرط ما لا يجوز إلاّ أنه خفيف جاز البيع وبطل الشرط.

(3) الترمذى: كتاب البيوع.

(4) سنن أبي داود: 283/3, ونصب الراية: 18/4.

(5) الشرح الكبير: 51/4.

**المذهب الثالث : يجوز إذا كان ذلك متعارفاً**

وإليه ذهب الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف[1].

قال الكاساني:

"لو اشترى شيئاً بشرط أن يوفيه في منزله فهذا لا يخلو: إما أن يكون المشترى والبائع بمنزلهما في المصر وإما أن يكون أحدهما في المصر والآخر خارج المصر, فإن كان كلاهما في المصر فالبيع بهذا الشرط جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً إلاّ إذا كان في تصحيح هذا الشرط تحقيق الربا كما إذا تبايعا حنطة بحنطة وشرط أحدهما على صاحبه الإيفاء في منزله ، وعند محمد البيع بهذا الشرط فاسد وهو القياس ، ثم قال في وجه القياس:

لأنه شرط لا يقتضيه العقد , وفيه منفعة للمشتري , فأشبه ما إذا اشترى بشرط الحمل إلى منزله أو بشرط الإيفاء في منزلة وأحدهما في المصر والآخر خارجه . قال ولهما وهو وجه الاستحسان:

إن الناس تعاملوا البيع بهذا الشرط إذا كان المشترى في المصر فتركنا القياس لتعامل الناس , ولا تعامل فيما إذا لم يكونا في المصر ولا في شرط الحمل إلى المنزل , فعملنا بالقياس فيه".

**النموذج الخامس**

---

([1]) بدائع الصنائع: 171/5, وفيه قبل ما هو مذكور: الشرط الذي يقتضيه العقد فلا يوجب فساده كما إذا اشترى بشرط أن يمتلك المبيع أو باع بشرط أن يتملك الثمن فالبيع جائز لان البيع يقتضي هذه المذكورات من غير شرط فكان ذكرها في معرض الشرط تقرير المقتضى العقد فلا توجب فساد العقد ولو اشترى شيئا بشرط...".

## (32) رد العارية إلى ملك المعير دون علمه

اختلف العلماء فيما إذا رد المستعير العارية إلى ملك المعير دون أن يسلمه له أو إلى وكيله ومن ثم هلكت العارية, أيكون المستعير ضامناً أم لا؟ لهم في ذلك مذهبان[1]:

**المذهب الأول : يكون ضامناً**

وإليه ذهب الحنابلة والشافعية.

قال ابن قدامة: وان كانت العين باقية فعلى المستعير ردها إلى المعير أو وكيله في قبضها ويبرأ بذلك من ضمانها, وإن ردها إلى المكان الذي أخذها منه أو إلى ملك صاحبها لم يبرأ من ضمانها وبهذا قال الشافعي .

وعمدتهم في ذلك:

أنه لم يردها إلى مالكها ولا نائبه فيها , فلم يبرأ منها كما لو دفعها إلى أجنبي وقال السمناني في روضة القضاة:

"وقال الشافعي: لا يبرأ حتى يرد على المالك أو وكيله , لأن هذا حكم العادة في العواري".

**المذهب الثاني : لا يضمن**

وإليه ذهب الحنفية , وصرحوا بأنه استحسان.

قال المرغيناني:

---

(1) الهداية: 223/3, وروضة القضاة: 535/2, والمغني مع الشرح: 358/5, قال السمناني: وقد اصحبنا بين ذلك وبين من استعار الحلي والجوهر فقالوا فيه ما قال الشافعي لأن العادة ألاّ ترد إلى الدار , وقالوا في الوديعة لوردها إلى داره لم يبرأ من الضمان لان المودع لم يرض بمن في داره لحفظها فصار مفرطاً.

إذا استعار دابة فردها إلى أصطبل مالكها فهلكت لم يضمن, وهذا استحسان, ففي القياس يضمن لأنه ما ردها إلى مالكها بل ضيعها, وجه الاستحسان: أنه أتى بالتسليم المتعارف لأن رد العوارى إلى دار الملاك معتاد كآلة البيت تعار ثم ترد إلى الدار , ولو ردها إلى المالك فالمالك يردها إلى المربط فصح رده.

## المطلب السابع

## نماذج للاستحسان بالقياس الخفي

ويتحقق هذا النوع بعدول المجتهد عن أصل إلى أصل آخر, لوجود معنى خفي في موضع الاستحسان به يفارق ذلك الموضع نظائره, ويندرج بمقتضاه ضمن مقتضى أصل آخر.

ولما كان ظاهر المسألة المستحسن فيها قد أحال ذهن المجتهد بادئ الأمر إلى الأصل المعدول عنه , والمعنى الخفي الذي أدركه المجتهد بعد التأمل أحال ذهنه إلى أصل آخر , سموا الإحالة الأولى بالقياس الظاهر , والثانية بالقياس الخفي.

ولقد أعطينا للقياس الخفي ضمن أنواع الاستحسان معنى أوسع من هذا وهو شموله لكل استحسان غير مستند إلى النص أو الإجماع, وهو كذلك في حقيقة الأمر لكن لما جعله جمهور الحنفية اسماً لنوع من أنواع الاستحسان آثرت إيراده وفقا لما ذكروه .

**النموذج الأول**

**(33) ردة السكران**

اختلف العلماء في السكران[1] إذا قال أو فعل ما يعد ارتداداً, أيعد بذلك مرتداً أم لا ؟ ولهم في ذلك مذهبان[2]:

**المذهب الأول : تقع ردته**

وإليه ذهب الإمام الشافعي في قول له: وهو المذهب على ما صرح به النووي, واليه ذهب الإمام احمد في اظهر الروايتين عنه واختاره ابن قدامة.

وقد قاس الشافعية المسألة هنا على طلاقه وسائر تصرفاته.

واستدل ابن قدامة بأدلة وهي:

- إن الصحابة رضي الله عنهم قالوا في السكران : إذا سكر هذى وإذا هدى افترى , فحدوه حد المفترى , فأوجبوا عليه حد الفرية التي يأتي بها في سكره وأقاموا مظنتها مقامها .
- ولأنه يصح طلاقه فصحت ردته (كالصاحي).

وهو مكلف لأن الصلاة واجبة عليه وكذلك سائر أركان الإسلام ويأثم بفعل المحرمات, وهذا معنى التكليف .

---

([1]) فرق الشافعية بين ما كان السكران متعديا بسكره وبين ما لم يكن كذلك, وما قاله هنا هو فيما كان متعديا بسكره , قال النووي : ... أما غير المتعدى بسكره كأن أكره على شربها فلا يحكم عليه بالارتداد كما في طلاقه وغيره "مغني المحتاج: 137/4, والظاهر أن هذا هو مبني قول الجميع.

([2]) المصدر السابق, و المذهب: 221/2, والوجيز للغزالي: 166/2 وفيه: والسكران كالصاحي في قول, وكالمجنون في قول – وهو الثاني الآتي –, وأيضاً: المغني مع الشرح: 10/108–109, وشرح منتهى الإرادات: 390/2.

- ثم أن السكران لا يزول عقله بالكلية, ولهذا يتقي المحذورات ويفرح بما يسره ويساء بما يضره, ويزول سكره عن قرب من الزمان (فأشبه الناعس) بخلاف النائم و المجنون.

قال الحنفية: هذا المذهب هو القياس.

وسيأتي بيان وجهه مع وجه الاستحسان.

**المذهب الثاني : لا يعدّ بذلك مرتداً**

وإليه ذهب الإمام أبو حنيفة وأصحابه , وهو مذهب الإمام مالك على ما نقله عنه ابن الهمام , وإليه ذهب الإمام الشافعي في قول له, والإمام احمد في رواية عنه.

قال الحنفية هذا استحسان, وفي وجه القياس والاستحسان قال الكاساني: "وجه القياس: أن الأحكام مبنية على الإقرار بظاهر اللسان لا على ما في القلب , إذ هو أمر باطن لا يوقف عليه .

وجه الاستحسان, إن أحكام الكفر مبنية على الكفر كما أن أحكام الإيمان مبنية على الإيمان ، والإيمان والكفر يرجعان إلى التصديق والتكذيب, وإنما الإقرار دليل عليهما , وإقرار السكران الذاهب العقل لا يصح دلالة على التكذيب فلا يصح إقراره".

هذا وقد بين أبن قدامة وجه هذا المذهب بقوله , مستدلاً بذلك.

لأبي حنيفة: "لأن ذلك يتعلق بالاعتقاد و القصد, و السكران لا يصح عقده ولا قصده (فأشبه المعتوه), ولأنه زائل العقل فلم تصح ردته (كالنائم), ولأنه غير مكلف فلم تصح ردته (كالمجنون), والدليل على أنه

غير مكلف: إن العقل شرط في التكليف وهو معدوم في حقه ولهذا لم تصح استتابته"[1].

ثم ذكر ما تقدم نقله في وجه القياس.

أقول وما بين القوسين أصول مقيس عليها وهي أصول مجمع عليها.

**النموذج الثاني**

**(34) اشتراط نقد الثمن في مدة معلومة**

وصورة المسألة: أن يقول البائع للمشترى بعتك هذا الشيء على أن تنقدني الثمن إلى ثلاث , أو مدة معلومة وإلاّ فلا بيع بيننا.

اختلف الأئمة في صحة هذا البيع على مذهبين:

**المذهب الأول : البيع باطل**

وبه قال الشافعية في أصح الوجهين, وزفر من الحنفية, وهو القياس على ما ذكرت مصادر الحنفية. قال النووي:

"لو اشترى شيئا بشرط أنه إن لم ينقده الثمن في ثلاثة أيام فلا بيع بينهما, أو باع بشرط أنه إن رد الثمن في ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فوجهان حكاهما المتولي وغيره أحدهما: يصح العقد , والثاني: وهو الصحيح بالاتفاق وبه قطع الروياني وغيره أن البيع باطل في الصورتين"[2].

---

([1]) المصادر نفسها, والهداية مع شرح القدير و العناية: 407/4, وبدائع الصنائع: 134/7.

([2]) المجموع: 207/9.

وقال المرغيناني والبابرتي:

والقياس وهو قول زفران لا يجوز[1].

استدل الشافعية على بطلان هذا البيع: بأن هذا ليس بشرط خيار, وإنما هو شرط فاسد مفسد للبيع, لان فيه تعليق البيع على غرر فأشبه ما لو باع بشرط أنه : إن قدم زيد القوم فلا بيع بينهما , وهذا لا يصح وكذا هنا[2].

وقال زفر:

إنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعليقها بالشرط – وهو عدم النقد – أو اشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد أولى.

**المذهب الثاني : البيع صحيح**[3].

وإليه ذهب الأئمة أبو حنيفة, واحمد, ومالك على ما نسبه إليه ابن قدامة . وبه قال محمد وأبو يوسف[4], وهو وجه للشافعية.

قال المرغيناني وغيره من الحنفية , أن هذا استحسان.

استدل ابن قدامة على جواز هذا البيع بما يأتي:

---

(1) الهداية مع شرح فتح القدير و العناية: 114/5.

(2) المجموع: الإشارة نفسها.

(3) واختلفوا في المدة فأجازه بعضهم لمدة معلومة طالت أم قصرت , وحددها بعضهم بأيام ثلاثة , وآخرون بأربعة, وبالأول قال الحنابلة, وبالثاني قال الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف وبالثالث قال محمد عبد الحسن, وأما الإمام مالك فقد قال عنه ابن قدامة أنه قال: يجوز في اليومين والثلاثة ونحوهما وان كان عشرين ليلة فسخ البيع, وأساس ذلك هو اختلافهم في الأصل وهو: هل يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام أم لا , أنظر الهداية: الإشارة السابقة.

(4) الهداية الإشارة السابقة, وبدائع الصنائع: 175/5, و المغني مع الشرح: 118/4-119.

إن هذا مروى عن عمر رضي الله عنه.

وإن البائع علق رفع العقد بأمر يحدث في مدة الخيار فجاز كما لو شرط الخيار . ولأنه نوع بيع فجاز أن ينفسخ بتأخير القبض كالصرف .

ولأن هذا بمعنى شرط الخيار , لأنه كما يحتاج إلى التروي في البيع – هل يوافقه أو لا – يحتاج إلى التروي في الثمن هل يصير منقوداً أو لا , فهما – أي الخيار , واشترط النقد في مسألتان – سيان في المعنى متغايران في الصورة إلاّ أنه في الخيار يحتاج إلى الفسخ وههنا ينفسخ إذا لم ينقد لأنه جعله كذلك.

وقال المرغيناني في وجه الاستحسان:

"إن هذا في معنى اشتراط الخيار إذ الحاجة مست إلى الإنفساخ عند عدم النقد تحرزاً عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به... ثم قال وفي هذه المسألة قياس آخر واليه مال زفر وهو انه بيع بشرط فيه إقالة فاسدة... الخ".

**النموذج الخامس**

**(35) رهن الأب عيناً تعود لأبنه الصغير بدين على الأب**

اختلف العلماء في حكم رهن الأب عيناً تعود لطفله بدين عليه على مذهبين هما:

**المذهب الأول : لا يجوز**

وإليه ذهب المالكية , والشافعية , وأبو يوسف وزفر من الحنفية[1].

قال الزرقاني:

"يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يرهن مال محجورة لمصلحته ككسوته وطعامه لا لمصلحة الولي".

وقال النووي:

"وشرط العاقد كونه مطلق التصرف فلا يرهن الولي مال الصبي و المجنون , إلاّ لضرورة أو غبطة ظاهرة".

ذكر الحنفية إن هذا المذهب هو القياس و قالوا في وجهه: لأن الرهن إيفاء حكما فلا يملكان كالإيفاء حقيقة.

قال المرغيناني:

وعن أبي يوسف وزفر : أنه لا يجوز ذلك منه وهو القياس: اعتبارا بحقيقة الإيفاء . وقال الشربيني في بيان وجه عدم الجواز.

---

([1]) شرح الزرقاني على مختصر خليل: 234/5-235 و الهداية: 135/4, ومجمع الأنهر: 596/2, وروضة القضاة: 427/1-428, ومغني المحتاج: 122/2, و المغني مع الشرح: 398/4.

لأن الوالي في حال الاختيار لا يبيع إلاّ بحال مقبوض قبل التسليم فلا ارتهان.

**المذهب الثاني : يجوز**

وإليه ذهب الحنابلة, وجمهور الحنفية.

قال ابن قدامة:

"للأب أن يرهن من نفسه لولده ولنفسه من ولده ومن عداه بخلافه".

وصرح الحنفية بان هذا استحسان, قال في مجمع الأنهر مبيناً وجهه :

"إن في حقيقة الإيفاء إزالة ملك الغير من عوض يقابله في الحال, والرهن حفظ مال الصغير في الحال مع بقاء ملكه فيه".

وقال المرغيناني مباشرة بعد قوله الذي سلف ذكره:

"ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان : أن في حقيقة الإيفاء إزالة ملك الغير من غير عوض يقابله في الحال , وفي هذا نصب حافظ لما له ناجزاً مع بقاء ملكه" ثم قال : فوضح الفرق.

**النموذج الربع**

**(36) اختلاف الشهود على الزنا في مكان الفعل**

لا خلاف بين الأئمة في أنه إذا اختلف شهود الزنا : فشهد اثنان أنه زنى بها في بلد واثنان في بلد آخر , أنه لا يجب الحد على المشهود

عليه بل يقام الحد على الشهود لأنهم قذفة حينئذٍ , وكذلك الحال فيما إذا عين اثنان منهما بيتاً والآخران بيتاً آخر, وكذلك أيضاً إذا حدد اثنان منهما زاوية والآخران زاوية أخرى في بيت واحد إذا كانت الزاويتان متباعدتين , واختلفوا فيما إذا كانت الزاويتان متقاربتين , أي بان كانت الغرفة صغيرة ولهم في ذلك مذهبان :

**المذهب الأول: لا تقبل الشهادة ولايثبت بها الحد على المشهود عليه**[1]

وإليه ذهب الإمامان مالك والشافعي , وبه قال زفر من الحنفية.

قال الباجي بعد أن ذكر المسألة.

"ولا يجب به حد كما لو اختلفوا في (الوقت)".

وقال الشربيني:

لو عين شاهدين من الأربعة زاوية من زوايا البيت لزناه وعين الباقون منهم زاوية غيرها لم يثبت , لأنهم لم يتفقوا على زنية واحدة فأشبه ما لو قال بعضهم زنى (بالغداة وبعضهم بالعشي)[2].

وقال المرغيناني:

"القياس: أن لا يجب الحد لاختلاف المكان حقيقة".

---

([1]) الدر المختار: (69)/ انظر: الهداية مع شرح فتح القدير و العناية: 167/4, ومجمع الأنهر والدر المنتقى, بهامشه: 607/1, و الدر المختار: 33/4, و المنتقى 144/7, وبداية المجتهد: 2/474-475, والوجيز: 169/2, والمستصفي: 281/1, و المنخول: 375, و مغني المحتاج: 151/4.

([2]) مغني المحتاج: نفس الإشارة, وقال ابن قدامة: وقال الشافعي لأحد عليه لأن شهادتهم لم تكمل ولأنهم اختلفوا في المكان فأشبه ما لو اختلفا في البيتين. انظر : المغني مع الشرح: 183/10.

وتجب الإشارة إلى أن بعض الشافعية ناقشوا وجوب الحد وعدم وجوبه على الشهود حيث قال بعضهم بإمكان درء الحد عن الشهود أيضاً, قال الشربيني :

"سكت المصنف – وهو النووي – عن سقوط الحد عن القاذف, والظاهر كما قال الزركشي : عدم سقوطه , ويجب الحد على الشهود في الأظهر , لأن عددهم لم يتم في زنية , ثم نقل عن الزركشي قوله: ولا يبعد عدم الحد على الشهود إذا تقاربت الزوايا لإمكان الزحف مع دوام الفعل.

**المذهب الثاني : تقبل الشهادة, ويحد المشهود عليه**

وإليه ذهب الإمام أبو حنيفة وأحمد[1].

صرح الحنفية بأن هذا استحسان.

قال في مجمع الأنهر:

"وحد المشهود عليه لو اختلف الشهود في زوايا البيت, بأن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وكانت البيت صغيراً وإن كان كبيراً لا تقبل , والقياس أن لا تقبل كيف ما كان وهو قول زفر والشافعي , وجه الاستحسان:

"إن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية أخرى بالاضطراب , ولو اختلفوا في ساعتين من يوم أو في لون

---

1 انظر: مصادر الحنفية و المغني: الإشارات نفسها.

المزني بها وفي طولها وقصرها أو في ثيابها فإنه لا يمنع لإمكان التوفيق".

وقال ابن الهمام في وجه الاستحسان أيضاً:

"إنهم اتفقوا في شهادتهم على فعل واحد حيث نسبوه إلى بيت واحد صغير ثم أن تعيينهم زواياه واختلافهم منها لا يوجب تعدد الفعل لأن البيت إذا كان صغيراً فكل من كان في جهة يظن أنه إليه أقرب فيقول: إنه في الزاوية التي تليه وعلى هذا يكون اختلافهم صورة لا حقيقة وعلى فرض أن اختلافهم في الزوايا فالفعل واحد , وذلك بفرض أن ابتدأ الفعل منهما كان في زاوية ثم صار إلى أخرى بتحركهما أثناء الفعل وذلك ممكن لصغر المكان".

وفصل أبن قدامة القول في هذه المسألة ودليلهم فيها وهو قريب من دليل الحنفية, فقال:

"ولنا أنهما اذا تقاربتا أمكن صدق الشهود: بأن يكون ابتداءً الفعل في أحدهما وتمامه في الأخرى , أو ينسبه كل اثنين إلى إحدى الزاويتين لقربه منها فيجب قبول شهادتهم كما لو اتفقوا , بخلاف ما إذا كانتا متباعدتين فإنه لا يمكن كون المشهود بهم فعلاً واحد , ثم أورد اعتراضا وأجاب عنه فقال :

فإن قيل: من الممكن أن يكون المشهود به فعلين فلم أوجبتم الحد مع الاحتمال والحد يدرأ بالشبهات ؟ قلنا : ليس هذا بشبهة بدليل ما لوا اتفقوا على موضع واحد فإن هذا يحتمل فيه والحد واجب, والقول في الزمان كالقول في هذا وإنه متى كان بينهما زمن متباعد لا يمكن وجود

الفعل الواحد في جميعه كطرفي النهار لم تكمل شهادتهم ومتى تقاربا كملت شهادتهم"[1].

وقد حدد ابن رشد سبب الخلاف في هذه المسألة بالقول:

"وسبب الخلاف: هل تلفق الشهادة المختلفة بالمكان أولاً تلفق كالشهادة المختلفة بالزمان ؟ فإنهم اجمعوا على أنها لا تلفق والمكان أشبه شيء بالزمان والظاهر من الشرع قصده إلى التوثق في ثبوت هذا الحد أكثر منه في سائر الحدود"[2]. وفي الوقت الذي ذكرت المصادر المشار إليها أن الحد يجب على المشهود عليه –الرجل والمرأة– قال السرخسي بعد أن عرض هذا المثال ما نصه:

"ثم هذا الاستحسان منا لتصحيح الشهادة لا لإقامة الحد فإنما يستحسن لدرء الحد"[3].

ومعنى ذلك : أن الاستحسان الذي قالوا به في هذه المسألة متضمن لأمرين:

**أولهما** : درء حد القذف عن الشهود في وقت يقضي القياس بحدهم لاختلافهم في المكان.

**الثاني** : درء حد الزنا عن المشهود عليه مع أن القياس يقضي بإقامة الحد عليهما , لاتفاق الشهود في الزمان وفي المكان على النحو المذكور .

---

([1]) المغني مع الشرح: 183/10.

([2]) بداية المجتهد: 475/2.

([3]) المبسوط: 62/9, وضوابط المصلحة: 237.

غير أن ما ذكره السرخسي هنا مستبعد وخاصة أنه صرح في أصوله بإقامة الحد على المشهود عليه , وأبدى تساؤلا حول إيجاب الحد هنا مع وجود الشبهة[1].

**النموذج الخامس**

**(37) قبض الهبة بغير إذن الواهب**

ذهب الإمامان أبو حنيفة و الشافعي إلى أن القبض شرط صحة في الهبة فلا يملك الموهب له الهبة ما لم يقبضها , وذهب الإمام أحمد إلى ذلك في كل ما يكال أو يوزن , أما الإمام مالك فإنه عد القبض شرط تمام لا شرط صحة .

واختلف الأئمة الثلاثة القائلين بكون القبض شرط صحة فيما إذا قبض[2] الموهب له الهبة بغير إذن الواهب ولهم في ذلك مذهبان[3].

**المذهب الأول : لا يصح قبض الهبة إلا بأذن الواهب سواء تم القبض في المجلس أو بعده**

وإليه ذهب جمهور الشافعية , والحنابلة , وبه قال زفر من الحنفية.

---

([1]) أصوله: 201/2.

([2]) الوجيز للغزالي: 249/1, والمذهب: 447/1, ومغني المحتاج: 400/2, والقوانين الفقهية: 373, والهداية مع شرح فتح القدير: 115/7, ومجمع الانهر: 355/2, والمغني مع الشرح: 248/6.

([3]) المصادر نفسها.

قال الغزالي: ولو قبضها المتهب دون أذن الواهب لم يحصل الملك, وقال ابن قدامة : ولا يصح قبضها إلا بأذن الواهب فإن قبضها الموهوب له بغير أذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض , ثم ذكر عمدتهم في ذلك وهي :

- إن القبض لم يصح كما لم يصح بعد المجلس , أو كم لو نهاه عن قبضها.
- ولأن التسليم غير مستحق على الواهب , فلا يصح التسليم إلا بأذنه كما لو أخذ المشترى المبيع من البائع قبل تسليم ثمنه.

قال الحنفية في هذا المذهب والذي هو مذهب زفر أنه القياس:

وقال في مجمع الأنهر في وجهه:

"لأنه تصرف في ملك الغير ولا يجوز إلاّ بإذنه".

**المذهب الثاني : يجوز قبضها في المجلس لا بعده**

وإليه ذهب الحنفية فيما عدا زفر, وبه قال بعض الشافعية[1], وصرح الحنفية بأن هذا استحسان وقال في مجمع الأنهر في وجهه:

"إن القبض كالقبول في الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك , فيكون الإيجاب منه تسليطاً على القبض ، كما أن الإيجاب منه يكون تسليطاً على القبول[2].

وذكر ابن قدامة دليل الإمام أبي حنيفة هنا بمثل ما تقدم وقال:

---

([1]) المذهب: الإشارة نفسها وفيه: قال بعض أصحابنا يتبين انه ملك بالعقد فإن حدث فيه نماء قبل القبض كان للموهب له لأن الشافعي رضي الله عنه قال فيمن وهب له عبد قبل أن يهل عليه هلال شوال وقبض بعد ما أهل أن فطرة العبد على الموهوب له.

([2]) المذهب : 354/2.

وحكي عن أبي حنيفة أنه إذا قبضها في المجلس صح وان لم يأذن له لان الهبة قامت مقام الأذن في القبض لكونها دالة على رضاه بالتمليك الذي لم يتم إلاّ بالقبض[1].

وقال في الهداية وشروحها:

إن القبض في الهبة بمنزلة القبول من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك , والمقصود من عقد الهبة إثبات الملك , فيكون الإيجاب من الواهب تسليطاً للموهب له على القبض فكان إذناً دلالة, وإنما قيد ذلك بالمجلس لأنه ثبت التسليط فيه إلحاقاً له بالقبول , والقبول يتقيد بالمجلس فكذلك ما يلحق به[2].

هذا وقد ذكر الغزالي بأن القبض ليس بشرط صحة في الهبة على وجه يعدّ مخرجاً للأصحاب , وعلى هذا فإنه لا يعيد القول بجواز قبض الهبة في مسألتنا عند هؤلاء .

## المطلب الثامن

## الاستحسان بمراعاة خلاف العلماء

ويتحقق هذا النوع بان يعمل المجتهد بالدليل الذي ترجح عنده في جزئية من المسألة المستحسن فيها مع مراعاة دليل من خالفه من المجتهدين في جزئية اخرى من تلك المسألة.

وفيما يأتي اذكر نموذجين لهذا النوع من الاستحسان.

---

(1) المغني مع الشرح: 6/248-249.

(2) الهداية مع شرح القدير والعناية: 7/115-117.

**النموذج الأول : قال القرافي في الذخيرة[1]:**

إذا علم شخص في ثوب إمامه نجاسة , إن أمكنه إعلامه فليفعل, وإن لم يمكنه صلى وأعاد في الوقت , قال يحيى بن يحيى:

الإعادة في الوقت وبعده أحب إليّ , وإنما خصصها مالك بالوقت مراعاة لقول من يقول: كل مصل يصلي لنفسه".

**النموذج الثاني : قال في الهداية[2]**

إذا أراد المحجور عليه حجة الإسلام لم يمنع منها , لأنها واجبة عليه بإيجاب الله تعالى من غير صنعة , ولا يسلم القاضي النفقة إليه, بل يسلمها إلى ثقة من الحجاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه , ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحساناً , لاختلاف العلماء في وجوبها[3], بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج.

**الخاتمة**

الحمد لله حمداً يوافي نعمه ويكافئ مزيده وصلى الله وسلم على نبي الهدى محمد وعلى اله وصحبه أجمعين وبعد.

---

([1]) الهداية مع شرح القدير والعناية : 187/1-188.

([2]) المصدر نفسه : 283/3.

([3]) ذهب الإمام الشافعي في قول له والإمام احمد في رواية عنه إلى أن العمرة واجبة على من يجب عليه الحج, وذهب الحنفية و المالكية والإمام الشافعي في قول له والإمام احمد في رواية عنه إلى أنها ليست واجبة, انظر: المغني مع الشرح: 160/3, ومتن الرسالة لأبن أبي زيد القيرواني: 19.

فإن النتائج التي توصلت إليها كثيرة أورد فيما يأتي أهمها:

- إن الاستحسان غير المستند منه إلى النص أو الإجماع – قياس غير أن الشاهد الشرعي (المقيس عليه فيه غير متضمن لنوع المصلحة في نوع الحكم بل متضمن لجنسها في جنس الحكم , وهذا معنى قول بعض) الأصوليين من الحنفية والشافعية وغيرهم أن الاستحسان نوع من القياس ويظهر بذلك أن دور العقل في الاستحسان هو كشف مقاصد الشارع في النصوص لا الاستقلال بإنشاء الأحكام.

وقد صرح بذلك أكثر من واحد من القائلين بالاستحسان , بل أن الحنفية أرادوا , بالتأثير الذي صرحوا بأنه المدار في الاستحسان: المناسبة العقلية – أو المصلحة – مع الاعتبار الشرعي , وهذا واضح أيضاً من كلام المالكية حيث صرحوا بأن الباعث على ترك القياس هو (المعنى المؤثر).

- الاستحسان ليس دليلاً مستقلاً , ولم يدع ذلك أحد من القائلين به وذكرهم له في مبحث مستقل لم يكن إلاّ من أجل إبانة المراد به , ثم أن أقوالهم صريحة في أن الاستحسان قياس أو نوع من القياس.
- إن القول بالاستحسان هو ثمرة الاعتقاد الجازم بان القواعد والاقيسة موضوعة لتحقيق غايات وأهداف مرسومة هي تحقيق المصالح ودرء المفاسد كما هو ثمرة الاعتقاد الجازم بأن تلك الاقيسة والقواعد مبنية على معاني معقولة, وعليه فإن إنكار الاستحسان يعني القول بمجرد الشريعة وما يستتبع ذلك .

- إن مقاصد الشارع الحكيم هي ذاتها مصالح للإنسان وإن مصالح الإنسان هي مقاصد للشارع الحكيم ولا يتصور الإنفكاك بين هذين. والقياس المتروك ترك لعدم تحقيقه لمقاصد الشارع – في موضع الاستحسان– والقياس المعدول إليه إنما عدل إليه للعلم بكونه مقصودا للشارع ومحققا لمصلحة الإنسان فردا أو جماعة , فالمقصود بالأقوى في قولهم الدليل الأقوى –فيما عدا النص والإجماع– أو القياس الأقوى : المصلحة , فحيث وجدت المصلحة غلب على الظن كونها مقصودة للشارع , وما كان مقصودا للشارع هو الأقوى ويجب العمل به ، ومن هنا قالوا أن مدار الاستحسان هو قوة الأثر – المصلحة – وان من توابعها كثرة الأصول , وقوة الثبات على الحكم, لان مراعاة مصالح الإنسان قد ثبتت بنصوص لا حصر لها , وهذا معنى كثرة الأصول , كما أن النصوص أظهرت أنه كلما كانت هنالك مصلحة رتب الشارع الحكم على وفقها وهذا معنى قوة الثبات على الحكم, فالنظر في تلك النصوص المراعية للمصلحة من درء ضرر ورفع حرج واعتبارها في موضع الاستحسان: قياس.

وحاصل الكلام أن معنى (القوة) في قولهم القياس الأقوى هو المصلحة مع الاعتبار الشرعي , بل هو : المصلحة مع تظاهر الأدلة على اعتبارها – قوة الأثر وكثرة الأصول –.

- إن جمهور الحنفية أطلقوا القياس الخفي على الاستحسان الذي لا تكون المصلحة فيه الباعثة على العدول, والضرورة على ما كانت كذلك بينما أطلقه بعض الأصوليين على المعنى المؤثر الذي هو مقصود الشارع ,

وهذا يعطي للقياس الخفي معنى أوسع بحيث يجعله شاملاً لاستحسان الضرورة  لأن درء الضرر ورفع الحرج مقصودان للشارع , وعلى هذا الأساس عدّ المانعون من تخصيص العلة (عدم الحرج) جزءاً من العلة التامة , وهذا المعنى الواسع هو الأكثر ملائمة مع ما عمل به الجميع , ثم أن كلام علماء الحنفية يكاد يقطع من حيث الجملة كون القياس الخفي عندهم في معنى (القياس المرسل) الذي أطلقه بعض المالكية والذي أرادوا به المصلحة المرسلة .

- لا فرق بين الاستحسان والمصلحة المرسلة إلاّ في أن الاستحسان قياس معارض بقياس آخر, بخلاف المصلحة المرسلة فإنها قياس لا يصادمه قياس آخر.
- ليس الاستحسان محصوراً على ما كانت الغاية منه رفع حرج بل هو أعم من ذلك وظهوره كعنوان لرفع الحرج إنما هو لكثرة مسائله المائلة نحو التخفيف لا لان عمله مقصور على ذلك .
- إن غايات الأحكام ومآلات التصرفات هي المعتبرة في الاستحسان وبذلك فإن سد الذرائع يدخل عند الحنفية في باب الاستحسان , إذ ليس سدا لذرائع إلاّ نظراً إلى الغايات واعتباراً لمآلات الأعمال, وعملاً بمقتضاها مهما كانت الوسائل .
- كان للفظة الاستحسان الأثر الواضح في إثارة الخلاف في الاستحسان لإيهامها القول بالتحسين العقلي , وهنالك عوامل عدة ساهمت في توسيع نطاق الخلاف أبرزها : عدم توضيح حقيقة المراد بالاستحسان من قبل القائلين به .

كما أنه كان للتعصب المذهبي دوره أيضاً في توسيع نطاق الخلاف , هذا فضلاً على ما صرح به بعض العلماء – على ما سبق بيانه – من وجود أناس قد استغلوا عبارة الاستحسان واستخدموها في غير موضعها حيث كان لذلك اثر واضح على ما يظهر في إثارة النزاع وتوسيع نطاقه .

- الاستحسان الذي شدد الإمام الشافعي النكير على القائل به ليس ذلك الاستحسان الذي عناه الأئمة وطبقوه وأدل دليل على ذلك قول الإمام الشافعي بالاستحسان أو التي وافق فيها المثبتين دون تصريح بلفظ الاستحسان. ولهذا فإن حمل ما قاله الإمام الشافعي في الاستحسان من أنه تلذذ ووضع للشرع بالرأي على استحسان الأئمة إجحاف بحقهم وبحق الإمام الشافعي .

فهذه أهم النتائج التي توصلت إليها , وأدعو الله سبحانه وتعالى أن يتقبل هذا العمل ويجعله خالصا لوجهه الكريم وأسأله العفو والمغفرة عما وقعت فيه من زلل إنه عفو غفور , وصلى الله وسلم على الحبيب المصطفي محمد وعلى آله الأخيار وصحبه الكرام البررة ومن اتبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

## المصادر والمراجع

### أولا: كتب التفسير

1- احكام القرآن:
أبو بكر احمد بن على الرازى (الجصاص) ت 370هـ.
دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع.
2- احكام القرآن:
ابوبكر محمد بن عبدالله (ابن العربي) ت 543هـ.
تحقيق: محمد علي البجاوى.
دار الفكر, بيروت.
3- تفسير القرآن العظيم:
عماد الدين ابو الفداء اسماعيل بن عمر (ابن كثير) ت 774هـ.
الطبعة الاولى, دار الجيل, بيروت, 1408/1988.
4- الجامع لاحكام القرآن:
ابو عبدالله شمس الدين محمد الانصارى (القرطبي) ت 676هـ.
دار الفكر, بيروت.
5- الكشاف عن حقائق التنزيل و عيون الاقاويل في وجوه التأويل:
أبو القاسم جار الله محمد بن عمر (الزمخشرى) ت 538 هـ.
دار الفكر للطباعة و النشر.

### ثانيا: كتب الحديث وشروحه

6- تلخيص الحبير في تخريج احاديث الرافعي الكبير:

ابو الفضل شهاب الدين احمد بن على بن محمد بن حجر العسقلاتي ت 852هـ.
تعليق: عبدالله هاشم اليماني.
شركة الطباعة الفنية, القاهرة, 1964.
7-الجوهر النقي:
علاء الدين علي بن عثمان الماريديني ت 745هـ.
مطبوع بذيل السنن الكبرى.
8- سبل السلام شرح بلوغ المرام من ادلة الأحكام:
محمد بن اسماعيل الكحلاني الصنعاني المعروف بالامير 1182هـ.
مراجعة وتعليق: محمد بن عبدالعزيز الخولي.
الطبعة الرابعة, دار احياء التراث العربي, بيروت, 1379/1960.
9- سنن ابن ماجة:
ابو عبدالله محمد بن يزيد القزيويني ت 275هـ.
تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.
دار الفكر للطباعة والنشر و التوزيع, بيروت.
10- سنن ابى داود:
سليمان بن اشعث السجستاني الازدى ت 275 هـ.
ضبط: محمد محي الدين عبد الحميد.
المكتبة التجارية, مطبعة مصطفي محمد, مصر.
11- سنن الترمذى (الجامع الصحيح):
ابو عيسى محمد بن عيسى بن سورة.

الطبعة الاولى, مطبعة مصطفي البابي 1965/1385.
وأيضاً: بهامش تحفة الاحوذى.
12- سنن الدار قطني:
على بن عمر الدار قطني ت 385هـ.
عالم الكتب, بيروت, الناشر مكتبة المثنى بالقاهرة.
13-السنن الكبرى:
ابو بكر بن حسين بن علي البيهقي ت 468هـ.
مطابع دار صادر, بيروت.
14- بيروت النسائي:
ابو عبدالرحمن احمد بن شعيب بن علي بن بحر النسائي 303هـ.
بشرح السيوطي وحاشية السندى.
الطبعة الاولى, مطبعة مصطفي محمد 1384, 1930.
15- صحيح البخارى (مع حاشية السندى):
ابو عبدالله محمد بن اسماعيل البخاري ت 256هـ.
الناشر: دار الفكر, بيروت/ بغداد.
وأيضاً: بهامش فتح البارى.
16-صحيح مسلم:
ابو الحسين مسلم بن حجاج القشيري النيسابورى ت 261هـ.
طبعة دار الشعب, مصر.
وأيضاً: بشرح النووى: ابو زكريا يحيى بن شرف النووى 676هـ.
الطبعة الثانية, دار الفكر, بيروت, 1392/1972.

17- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد:
نور الدين علي بن ابي بكر الهيثمي ت 807هـ.
الناشر: مكتبة القدسي, القاهرة, 1353.
18- المستدرك على الصحيحين:
ابو عبدالله محمد بن عبدالله الحاكم النيسابورى ت 405هـ.
دار الكتاب العربي, بيروت, لبنان.
19- المقاصد الحسنة في بيان كثير من الاحاديث المشتهرة على الالسنة:
ابو الخير شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوى ت 902هـ.
تحقيق: عبدالله بن محمد الصديق.
الناشر: دار الكتب العلمية, بيروت 1987.
20- الموطأ:
الإمام مالك بن انس الاصبحي ت 179هـ.
بشرح المنتقى, وبشرح الزرقاني, انظر رقم (101و104).
21- نصب الراية لاحاديث الهداية:
ابو محمد جمال الدين عبدالله بن يوسف الزيلعي ت 762هـ.
طبعة دار المأمون, 1393.

**ثالثاً: كتب أصول الفقه**

**(1) كتب أصول الفقه الحنفي:**

**I- المخطوطات:**

22-أصول الجصاص:

(الجصاص) (انظر رقم1).

23- تقويم أصول الفقه وتحديد ادلة الشرع:

ابو زيد عبيدالله بن عمر بن عيسى الدبوسي.

مصور من دار الكتب المصرية, يحمل الرقم 255 أصول.

24- رد قوادح التحقيق:

علاءالدين عبدالعزيز بن أحمد البخارى ت 730هـ.

هذه المخطوطات: من مكتبة الاستاذ الدكتور عبد الحكيم عبد الرحمن السعدى.

**II- المطبوعات:**

25- أصول البزدوى (مع كشف الاسرار):

ابو الحسن على بن محمد بن الحسين البزدوى 482هـ.

دار الكتاب العربي, بيروت 1394/.1974

26- أصول السرخسي:

ابو بكر محمد بن احمد بن ابي سهل السرخسي ت 490هـ.

تحقيق: ابو الوفا الافغاني.

دار المعرفة للطباعة و النشر, بيروت, لبنان.

27- التحرير في أصول الفقه (مع التقرير و التحبير):

كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام ت 861هـ.
المطبعة الكبرى الاميرية, بمولاق, 1317هـ.
28- التقرير و التحبير (شرح التحرير):
ابو عبدالله شمس الدين محمد بن محمد المعروف بابن امير الحاج 725-879هـ.
29- التلويح في كشف حقائق التنقيح (شرح التوضيح على التنقيح):
سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني 792هـ.
مطبعة محمد على صبيح.
30- التوضيح في حل غوامض التنقيح:
القاضي صدر الشريعة عبدالله بن مسعود المحبوبي البخارى 747هـ.
مطبعة محمد علي صبيح.
31-شرح ابن العيني على منار الانوار (هامش ابن ملك):
زين الدين, عبدالرحمن بن ابي بكر المعروف بابن العيني.
32- شرح ابن ملك على منار الانوار:
عبد اللطيف بن عبد العزيز بن امين الدين المعروف بابن ملك ت 801هـ. BASIN OFSET – ISTANBUL – 1965.
33- شرح نور الانوار على المنار:
احمد بن ابي سعيد بن عبدالله المعروف بملاجيون 1130هـ.
مطبوع بأسفل كشف الاسرار للنسفي (انظر رقم 36).
الطبعة الأولى, دار الكتب العلمية, بيروت, 1406/1986.
34- فتح الغفار بشرح المنار او: مشكاة الانوار في أصول المنار:

زين الدين بن ابراهيم الشهير بابن نجيم ت 970هـ.
الطبعة الاولى, مطبعة مصطفي البابي, مصر, 1355/.1936
35- فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت:
عبدالعلي محمد بن نظام الدين الانصاري.
مطبوع باسفل المستصفي,
مكتبة المثنى, بغداد, مصورة عن الطبعة الاولى, المبعة الاميرية ببولاق 1324هـ.
36- كشف الاسرار (شرح منار الانوار):
وهما: لابي البركات عبدالله بن احمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي ت710 هـ.
(انظر رقم 33).
37- كشف الاسرار عن أصول البزدوي (شرح أصول البزدوى):
عبد العزيز البخارى (انظر رقم 25).
38- مرآة الأصول شرح مرقاة الوصول:
محمد بن فرامرز بن علي المعروف بمنلا خسرو ت885.
طبعة تركيا, 1321.
39- مسلم الثبوت (شرح فواتح الرحموت):
محب الله بن عبد الشكور البهارى ت 1119هـ.
(انظر رقم 35).
40- المغني في أصول الفقه:
جلال الدين عمر بن محمد الخبازى.

تحقيق الدكتور محمد مظهر بقا.
الطبعة الاولى, مركز البحث العلمي بمكة المكرمة, 1403هـ.
41- ميزان الأصول في نتائج العقول:
علاء الدين شمس النظر ابي بكر محمد بن احمد السمرقندى ت 539.
دراسة وتحقيق: الاستاذ الدكتور عبد الملك عبد الرحمن السعدى.
الناشر: وزارة الاوقاف و الشؤون الدينية, العراق, الطبعة الاولى,
مطبعة الخلود, 1407/.1981
42- الوجيز في أصول الفقه:
يوسف بن حسين الكرماستي ت 899.

**(2) أصول الفقه المالكي:**
43- احكام الفصول:
ابو الوليد سليمان بن خلف الباجي 403-494.
تحقيق الاستاذ الدكتور عبدالله محمد الجبورى.
44- الاعتصام:
ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي ت 790.
الناشر: المكتبة التجارية الكبرى, مصر, مطبعة السعادة.
45- تقريب الوصول الى علم الأصول:
ابو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن جزى ت 741هـ.
دراسة وتحقيق: الاستاذ الدكتور عبدالله محمد الجبور.
مطبعة الخلود, بغداد, 1410/.1990

46- الحدود في أصول الفقه:
ابو الوليد الباجي (الخط رقم 40).
تحقيق الدكتور نزيه حماد.
الناشر: مؤسسة الزعبي للطباعة و النشر, بيروت, لبنان.
47- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول:
شهاب الدين ابو العباس أحمد بن ادريس القرافي ت 684.
تحقيق طه عبدالرؤوف.
الناشر: مكتبة الكليات الازهرية, دار الفكر للطباعة و النشر والتوزيع, بيروت.
شركة الطباعة الفنية المتحدة 1393/.1973
48- مفتاح الوصول الى علم الأصول:
ابو عبدالله محمد بن احمد المالكي التلمساني.
اشراف: ابوبكر محمود.
الطبعة الاولى, دار الكتاب العربي, مصر, .1962
49- منتهى الوصول و الامل الى علمي الأصول و الجدل:
جمال الدين ابي عمر و عثمان بن عمرو بن ابي بكر المعروف بابن الحاجب.
الطبعة الاولى, دار الكتب العلمية, بيروت, .1985
50- الموافقات في أصول الشريعة:
ابو السحاق الشاطبي (انظر رقم 44).

الناشر: المكتبة التجارية الكبى, مصر, دار المعرفة للطباعة و النشر, بيروت.

**(3) أصول الفقه الشافعي:**

51- الأحكام في أصول الأحكام:
سيف الدين ابي الحسن علي بن ابي علي بن محمد الآمدى.
كتب هوامشه الشيخ ابراهيم العجوز.
الطبعة الاولى, دار الكتب العلمية, بيروت, 1985م.
52- الابهاج في شرح المنهاج:
شيخ الاسلام علي بن عبد الكافي السبكي وولده تاج الدين 771.
الطبعة الاولى, دار الباز, المكة المكرمة, 1984.
وهو شرح منهاج الوصول للبيضاوي (عبدالله بن عمر بن محمد ت 685).
53- البرهان في أصول الفقه:
عبدالملك بن عبدالله الجويني المعروف ب(إمام الحرمين) ت 478هـ.
تحقيق الدكتور عبدالعظيم الديب.
مطابع الدوحة الحديثة, قطر.
54- البحر المحيط في أصول الفقه:
بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله الشافعي 745-794.
قام بتحريره الدكتور عبد الستار ابو غذه.
وراجعه الشيخ عبدالقادر العاني.

وراجعه الشيخ عبدالقادر عبدالله العاني.
الطبعة الاولى, مطابع كويت تايمز التجارية, 1410/.1990
55- التبصرة في أصول الفقه:
ابو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادى الشيرازي 476هـ.
تحقيق: الدكتور محمد حسن هيتو.
دار الفكر, 1400/.1980
56- تخريج الفروع على الأصول:
شهاب الدين محمود بن احمد الزنجاني ت 656هـ.
تحقيق: محمد اديب صالح.
مطبعة جامعة دمشق, 1382/.1962
57- جمع الجوامع:
ابن السبكي (انظر رقم 52).
الطبعة الثانية, مطبعة مصطفي البابي 1356/.1937
58- حاشية البناني على شرح المحلي على جمع الجوامع:
عبد الرحمن بن جاد الله البناني ت .1198
59- الرسالة:
الإمام محمد بن ادريس الشافعي.
مطابع كوستا تowواس وشركاه.
وأيضاً مع الام طبعة كتاب الشعب, مصر.
60- شرح المحلي على جمع الجوامع:
شمس الدين محمد بن احمد المطي.

انظر: رقم (57).
61- شفاء الغليل في بيان الشبه و المخيل ومسالك التعليل:
ابو حامد محمد بن محمد الغزالي 450-505هـ.
تحقيق الاستاذ الدكتور حمد عبد اكبيسي.
مطبعة الارشاد, بغداد, 1390/.1981
62- غاية الوصول شرح لب الأصول:
شيخ الاسلام ابي يحي زكريا الانصارى (من علماء القرن السابع الهجرى).
مطبعة عيسى الجلبي.
63- اللمع في أصول الفقه:
ابو اسحاق الشيرازي (انظر رقم 55).
الطبعة الاولى, دار الكتب العلمية, بيروت, 1405/.1985
64- المحصول في علم الأصول:
فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازى ت 606 هـ.
تحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني.
الطبعة الاولى, جامعة الإمام محمد بن سعود الاسلامية (1981/140).
65- المستصفي من علم الأصول:
ابو حامد الغزالي (انظر رقم 61).
طبعة مصورة عن طبعة بولاق, مكتبة المثنى, بغداد, العراق.
66- المنخول من تعليقات الأصول:
ابو حامد الغزالي.

تحقيق الدكتور محمد حسن هينو.
الطبعة الثانية, دار الفكر, 1400/.1980
67- مناهج العقول (شرح منهاج الوصول):
محمد بن الحسن البدخشي.
مطبعة محمد علي صبيح, مصر.
68- نهاية السول (شرح منهاج الوصول):
جمال الدين عبدالرحيم بن على الاسنوي ت 772.
مطبعة محمد على صبيح, مصر.
وأيضاً بهامش التقرير و التحبير (انظر رقم 27و28).

**(4) أصول الفقه الحنبلي:**

69- روضة الناظر وجنة المناظر:
موفق الدين ابي محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي 620هـ.
مطبوع مع نزهة الخاطر العاطر لابن بدران.
دار الكتب العلمية, بيروت.
70- شرح الكواكب المنير (مختصر التحرير):
تقي الدين ابي البقاء شهاب الدين ابي العباس احمد بن عبد العزيز الفتوحي.
تحقيق: محمد حامد الفقي.
الطبعة الاولى, مطبعة السنة المحمدية, 1372/.1953

71- شرح مختصر الروضة:
نجم الدين ابي الربيع سليمان بن عبد القوى بن عبد الكريم بن سعيد الطوفي 716.
تحقيق: الدكتور عبدالله عبد المحسن التركي.
الطبعة الاولى, مؤسسة الرسالة, بيروت, 1410/.1990
72- المختصر في أصول الفقه:
علي بن محمد بن علي بن عباس بن شيبان المعروف بابن اللحام.
تحقيق: الدكتور محمد مظهر بقا.
دار الفكر, دمشق, 1400/.1980
73- المسودة في أصول الفقه:
تتابع على تصنيعة ثلاثة من ائمة آل تيمية وهم:
- مجد الدين ابو البركات عبد السلام بن عبدالله الخضر.
- شهاب الدين ابو المحاسن عبدالحليم بن عبد السلام.
- شيخ الاسلام تقي الدين ابو العباس احمد بن عبدالحليم.
جمعها وبيضها شهاب الدين ابو العباس احمد بن محمد بن احمد الحراني الدمشقي ت 745.
تحقيق: محمد محي الدين عبدالحميد.
مطبعة المدني, القاهرة.

**<u>(5) كتب أصول الفقه لمذاهب اخرى</u>:**

74- الأحكام في أصول الأحكام:

ابو محمد بن علي بن احمد بن سعيد بن حزم ت456.
تحقيق ومراجعة لجنة من العلماء.
دار الجيل, بيروت, 1407/.1987
75- ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الأصول:
محمد بن علي بن محمد الشوكاني 1205هـ.
دار الفكر, بيروت.
76- المعتمد في أصول الفقه:
ابو الحسين محمد بن علي بن الطيب البصري المعتزلي.
تحقيق محمد حميد الله.
طبعةالمعهد العلمي الفرنسي للدراسات العربية, دمشق, 1385/1965.

**رابعا: كتب الفقه**

**(1) كتب الفقه الحنفي:**

77- الاشباه و النظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان:
زين الدين بن ابراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم ت 970.
تحقيق وتعليق: عبد العزيز محمد الوكيل.
مطابع سجل العرب, القاهرة, 1387/1968.
78- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع:
علاء الدين ابي بكربن مسعود الكاساني ت 587.
الطبعة الثانية, دار الكتب العلمية, بيروت, 1986.
79- البناية في شرح الهداية:

بدر الدين ابي محمد محمدو بن احمد العيني ت 855هـ.
تصحيح: المولوى محمد عمر الشهير بناصر الاسلام الراسفورى.
الطبعة الاولى, دار الفكر للطباعة و النشر, بيروت, 1400/1980.
80–تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق:
ابو عمر فخر الدين عثمان بن علي الزيليعي ت 743.
الطبعة الاولى, بولاق, 1313هـ.
81– تحفة الفقهاء:
علاء الدين السمرقندي (انظر رقم 41).
الطبعة الاولى, دار الكتب العلمية, بيروت, 1405/1984.
82– خزانة الفقه:
ابو الليث السمرقندى.
تحقيق: الدكتور صلاح الدين الناهي.
شركة الطبع و النشر الاهلية, بغداد, 1385/1985.
83– درر الحكام شرح غرر الأحكام:
ملا خسرو (انظر رقم 38).
الطبعة الاولى, مطبعة محمد اسعد, الاستانة, 1299–1300.
84– الدر المنتقى في شرح الملتقى (بهامش مجمع الانهر):
محمد علاء الدين ابن عابدين.
مطبعة عثمانية.
85– رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين):

محمد امين عابدين بن السيد عمر عابدين بن عبد العزيز الدمشقي 1252.

والدر المختار: هو لمحمد بن علي بن محمد بن علي الملقب بعلاء الحصكفي ت 1088.

الطبعة الثانية, مطبعة مصطفي البابي, 1386/.1966

86- روضة القضاة وطريق النجاة:

ابو القاسم علي بن محمد بن احمد الرحبي السمناني ت 499هـ.

تحقيق: الدكتور صلاح الدين الناهي.

شركة الطبع و النشر الاهلية, بغداد.

87- العناية على الهداية:

اكمل الدين محمد بن محمود البابرتي 786 هـ.

مطبوع مع شرح فتح القدير.

88- فتح القدير للعاجز الفقير:

كمال الدين ابن الهمام (انظر رقم 27).

الطبعة الاولى, المطبعة الاميرية ببولاق, 1315 هـ.

89- قرة عيون الاخيار (تكملة ابن عابدين):

محمد بن علاء الدين ابن عابدين.

انظر: رقم (85).

90- لسان الحكام في معرفة الأحكام:

ابو الوليد ابراهيم بن ابي اليمن محمد بن ابي الفضل (ابن الشحنة) 882 هـ.

مطبوع بهامش معين الحكام لعلاء الدين الطرابلسي ت 884.

الطبعة الاولى: المطبعة الميمنية.

91- المبسوط:

السرخسي (انظر رقم 26).

الطبعة الثانية, دار المعرفة, بيروت.

مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر:

عبدالرحمن بن محمد بن سليمان افندى –داماد– المدعو بشيخ زادة ت 1087.

(انظر: رقم 85).

93- الهداية شرح بداية المبتدى:

ابو الحسن علي بن ابي بكر بن عبد الجليل المشهداني المرغيناني ت 593.

مطبعة مصطفي البابي, مصر.

يراد هذه الطبعة عند اطلاق اسم: الهداية.

**(2) كتب الفقه المالكي:**

94- انوار البروق في انواء الفروق (الفروق):

شهاب الدين القرافي (انظر رقم 44).

عالم الكتب, بيروت.

95- بداية المجتهد و نهاية المعتضد:

ابو الوليد محمد بن احمد بن رشد الحفيد ت 595.

الناشر: مكتبة الكليات الازهرية, مصر, 1389/.1969
96- تهذيب الفروق والقواعد السنية:
محمد علي بن حسين الملكي المالكي ت 1367هـ.
مطبوع باسفل الفروق.
97- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير:
محمد بن عرفة الدسوقي.
والشرح الكبير هولابي البركات الدردير.
مطبعة عيسى الحلبي.
98- الذخيرة:
شهاب الدين القرافي (انظر رقم 44).
طبعة كلية الشريعة, جامعة الازهر.
99- الرسالة:
ابن ابي زيد القيرواني.
طبعة نيجيريا KANO NIGERIA.
100- شرح الزرقاني على مختصر خليل:
عبدالله محمد بن الشيخ عبد الباقي.
دار الفكر للطباعة و النشر, القاهرة.
101- شرح الزرقاني على الموطأ:
الزرقاني (السابق).
مطبعة مصطفي محمد, القاهرة.
102- قوانين الأحكام الشرعية ووسائل الفروع الفقهية:

ابن جزى (انظر رقم 45).
طبعة: الدار العربية للكتاب, ليبيا, 1988.
103- المقدمات الممهدات:
ابو الوليد محمد بن احمد بن رشد 520هـ.
مكتبة المثنى, بغداد, مصورة عن طبعة مطبعة السعادة.
104- المنتقى (شرح الموطأ):
ابو الوليد الباجي (انظر: رقم 43).
الناشر: دار الكتاب العربي, بيروت, 1332هـ.

**<u>(3) كتب الفقه الشافعي:</u>**

105- الاشباه و النظائر:
جلال الدين عبد الرحمن بن ابي بكر السيوطي 911هـ.
مطبعة مصطفي البابي, مصر, 1959.
106- الام:
الإمام الشافعي.
طبعة مصورة عن طبعة بولاق.
وأيضاً طبعة كتاب الشعب.
107- رحمة الامة في اختلاف الائمة:
ابو عبدالله محمد بن عبدالرحمن الدمشقي (من علماء القرن الثامن الهجرى).
الطبعة الاولى, مكتبة اسعد, بغداد, 1990.

108- روضة الطالبين:
ابو زكريا يحيى بن شرف النووى 676هـ.
الناشر: المكتب الاسلامي للطباعة و النشر, دمشق.
109-قواعد الأحكام في مصالح الانام:
ابو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي 660هـ.
مراجعة وتعليق: طه عبد الرؤف.
وأيضاً: طبعه المكتبة الحسينية المصرية, ط1, 1353/1934.
110- المجموع (شرح المهذب):
النووي (انظر رقم 108).
نشر: زكريا علي يوسف.
111- مختصر من القواعد العلائي وكلام الاسنوى:
ابو الثناء نور الدين محمود بن احمد الحموى المعروف بابن خطيب الدهشة ت 834.
دراسة و تحقيق: الدكتور مصطفي محمود البنجويني.
مطبعة الجمهور, الموصل, العراق.
112- مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج:
شمس الدين محمد بن احمد الشربيني الخطيب ت 977.
مطبعة مصطفي البابي الحلبي 1352/1933.
113- المنثور في القواعد:
الزركشي (انظر رقم 54).

تحقيق: الدكتور تيسير فائق محمود, ومراجعة الدكتور عبد الستار ابو غدة.
الطبعة الثانية, شركة دار الكويت للصحافة, 1405/.1985
114- المذهب في فقه الإمام الشافعي:
ابو اسحق الشيرازي (انظر رقم 55).
مطبعة عيسى الحلبي.
115- الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي:
ابو حامد الغزالي: (انظر رقم 61).
الناشر: دار المعرفة, بيروت, لبنان, 1979/1399.

**<u>(4) كتب الفقه الحنبلي:</u>**

116- اعلام الموقعين عن رب العالمين:
ابو عبدالله شمس الدين محمد بن ابي بكر المعروف بابن القيم الجوزية 751.
تحقيق: محمد محي الدين عبدالحميد.
الطبعة الثانية, دار الفكر, 1397/.1977
117- التوضيح في الجمع بين المقنع و التنقيح:
شهاب الدين احمد بن احمد العلوى الشويكي المقدسي ت 939.
الطبعة الاولى, مطبعة السنة المحمدية, القاهرة, 1371/.1952
118- دقائق اولي النهى لشرح المنتهى (شرح منتهى الارادات):
منصور بن يونس بن ادريس البهوتي 1051.

دار الفكر, بيروت.
ومنتهى الارادات, هو لتقي الدين محمد بن احمد بن عبدالعزيز الفتوحي الشهير بابن النجار 972.
119- الروض المربع بشرح زاد المستقنع مختصر المقنع:
البهوتي (السابق).
عالم الكتب, بيروت, 1985.
120- الشرح الكبير على متن المقنع (مطبوع مع المغني):
شمس الدين ابي الفرج عبد الرحمن بن ابن عمر محمد بن احمد بن قدامة المقدسي ت 682.
منشورات المكتبة السلفية, المدينة المنورة.
و المقنع: هو لابن قدامة صاحب المغني.
121- القواعد في الفقه الاسلامي:
ابو الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ت 795.
تحقيق: طه عبد الرؤوف.
الطبعة الاولى, الناشر مكتبة الكليات الازهرية, 1392/1972.
122- المغني على مختصر الخرقي:
ابن قدامة (انظر رقم 69).
وأيضاً: (المغني) بتحقيق: الدكتور طه محمد الزيني, ومحمود عبد الفتاح فايد و عبدالقادر احمد طه.
الطبعة الاولى, مطابع سجل العرب, 1389/1961.
يراد هذه الطبعة عند اطلاق اسم (المغني).

**(5) الفقه الظاهرى:**

123- المحلى:

ابن حزم (انظر رقم 74).

دار الفكر, بيروت.

**خامسا: مراجع أصولية وفقهية حديثة**

124- ادلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها:

الدكتور عبدالعزيز بن عبد الرحمن بن علي الربيعة.

الطبعة الثالثة, مؤسسة الرسالة, 1402/1982.

125- أصول الأحكام وطرق الاستنباط في التشريع الاسلامي:

الاستاذ الدكتور حمد عبيد الكبيسي.

الطبعة الاولى, دار الحرية للطباعة, بغداد, 1975.

126- الأصول العامة للفقه المقارن:

محمد تقي الحكيم.

الطبعة الثانية, دار الاندلس, 1979.

127- أصول الفقه الاسلامي في نسيجه الجديد:

الاستاذ الدكتور مصطفي ابراهيم الزلممي.

كلية صدام للحقوق, بغداد, 1412/1991.

128- أصول الفقه:

زكي الدين شعبان.

الطبعة الثالثة: دار التأليف, 1964-1965.

129- أصول الفقه:
الشيخ محمد ابو زهرة:
دار الفكر العربي, القاهرة.
130- أصول الفقه الاسلامي:
الدكتور محمد مصطفي شلبي.
الطبعة الرابعة, الدار الجامعية للطباعة و النشر, بيروت, 1983.
131- أصول الفقه:
بدران ابو العينين.
الناشر مؤسسة شباب الجامعة, الاسكندرية.
132- أصول الفقه:
محمد زكريا البرديسي.
دار الثقافة و النشر و التوزيع, 1982.
133- أصول مذهب الإمام احمد:
الدكتور عبدالله بن عبد المحسن التركي.
الطبعة الثانية, مكتبة الرياض الحديثة, الرياض 1397/1977.
134- تاريخ النظم و الشرائع:
الدكتور السلام الترمانيني.
من مطبوعات جامعة الكويت.
135- تعليل الأحكام:
الدكتور محمد مصطفي شلبي.
مطبعة الازهر, 1947.

136- رفع الحرج في الشريعة الاسلامية:
الدكتور يعقوب عبد الوهاب.
137- ضوابط المصلحة في الشريعة الاسلامية:
الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي.
الطبعة الثانية, مؤسسة الرسالة, بيروت, 1397, 1977.
138- الفكر الأصولي (دراسة تحيلية نقدية):
الدكتور عبد الوهاب ابراهيم ابو سليمان.
الطبعة الاولى: دار الشروق للنشر و التوزيع و الطباعة / جدة, 1983./1403
139- القواعد الفقهية ودورها في اثراء التشريعات الحديثة:
الاستاذ الدكتور محيي هلال السرحان.
مطبعة وزارة الاوقاف و الشؤون الدينية, بغداد, العراق, 1986.
140- مباحث العلة في القياس عند الأصوليين:
الاستاذ الدكتور عبد الحكيم عبد الرحمن السعدي.
الطبعة الاولى, دار البشائر الاسلامية, بيروت, 1986./1408
141- المدخل الى دراسة الشريعة الاسلامية:
تأليف الاستاذة: الدكتور مصطفي ابراهيم الزلمي, و الدكتور حمد عبيد الكبيسي ومحمد عباس السامرائي.
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي, العراق.
142- المدخل الى علم أصول الفقه:
محمد معروف الدواليى.

الطبعة الخامسة, دار الكتاب الجديد.
143- مسائل من الفقه المقارن:
الاستاذ الدكتور هاشم جميل عبدالله.
الطبعة الاولى, جامعة بغداد, 1409/.1989
144- مصادر التشريع فيما لا نص فيه:
الشيخ عبدالوهاب خلاف.
الطبعـــة الثالثـــة, دار القلـــم للطباعـــة و النشـــر و التوزيـــع, الكويـــت, 1392/.1972
145- مصادر الحكم الشرعي:
الشيخ محمد كاشف الغطاء.
الطبعة الاولى, مطبعة الاداب, النجف الاشرف, 1408/.1988
146- المصلحة في التشريع الاسلامي ونجم الدين الطوفي:
الدكتور مصطفي زيد.
طبعة دار الفكر, .1964
147- مفهوم الفقه الاسلامي وتطوره واصالته ومصادره العقلية و النقلية:
الاستاذ نظام الدين عبد الحميد.
148- مناهج الاجتهاد في الاسلام في الأحكام الفقهية والعقائدية:
الدكتور محمد سلام مدكور.
جامعة الكويت, .1977
149- مناهج التشريع الاسلامي في القرن الثاني الهجرى:
الدكتور محمد بلتاجي.

جامعة الإمام محمد بن سعود الاسلامية, لجنة البحوث و التأليف و الترجمة و النشر 1397/1977.

150- الوجيز في أصول الفقه:
الاستاذ الدكتور عبدالكريم زيدان.
الطبعة الاولى, دار النذير, 1381هـ.

**سادساً : كتب اللغة والمصطلحات**

151- تاج العروس من جواهر القاموس:
مجد الدين المرتضى الحسني الواسطي الزيدى.

152- التعريفات:
ابو الحسن علي بن محمد بن علي الجرجاني المعروف بالسيد الشريف, 816.
مطابع دار الشؤون الثقافية العامة, بغداد.

153- جمرة اللغة, ابو بكر محمد بن الحسن بن دريد الازدى ت 321.
الطبعة الاولى, حيدر آباد, 1345.

154- العين:
الخليل بن احمد الفراهيدى, ت 175.
تحقيق: الدكتور مهدى المخزومي, و الدكتور ابراهيم السامرائي.
نشر دار الجاحظ, وزراة الثقافة و الاعلام, العراق.

155- القاموس المحيط:
مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادى الشيرازى, 817.

الطبعة الثالثة, المطبعة الاميرية, ببولاق, 1301هـ.
وأيضاً: (ترتيب القاموس) اعداد طاهر احمد الزاوى, الطبعة الاولى, مطبعة الاستقامة, 1959.
156- لسان العرب:
ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الافريقي ت 711هـ.
طبعة دار صادر, بيروت, 1986.
157- المثلث:
ابن السيد البطليوسي ت 521.
تحقيق ودراسة: الدكتور صلاح مهدى الفرطوسي.
دار الرشيد للنشر, وزارة الثقافة و الاعلام, العراق, 1401/1981.
158- معجم مقاييس اللغة:
ابو الحسين احمد بن فارس بن زكريا ت 395.
تحقيق: عبد السلام محمد هارون.
الطبعة الثانية, مطبعة البابي, 1390/1971.

**سابعاً: كتب التأريخ و التراجم**

159- الاعلام:
خير الدين الزركلي.
طبعة عبيد, دمشق.
160- البداية و النهاية:
ابن كثير (انظر رقم 3).

طبع مطبعة السعادة, مصر.
161- الفتح المبين في طبقات الأصوليين:
الشيخ عبدالله المرغي.
طبعة القاهرة.
162- كشف الظنون عن اسامي الكتب و الفنون:
حاجي خليفة.
طبعة اسطنبول.

# SUMMARY

The rules of sentences in Islamic legislate were used for the benefit of man to bring what is useful and keep away what is not useful. These rules must carried out in their full shape and meaning but we have to leave the work in one of these rules if we face some hardness and embarrassment. Some have to do according to the good for people and wisdom. But this doesn't mean there will be disagreement for the legality the main subject in this research is the approval and that means, leaving a rule undone, in order to prevent problems and difficulties.

There was a great disapproval between the Moslems religiousness, about is it right to work in the approval or not we could see Al-shafi refused this and he presented many proves to support his refused, in his great book. (Al-Umm) and (Al-Reesala. He also said that approval is a ward in the air and it is like the changing leper. But also we can see that what Al- Shafi had refused is not the same approval of what Abo-Honeffa, Mamlik Abin-Anas and Ahmed Abin-Hambel has said about it. And there is also many points proves that Al-Shafi, has used the word approval great deal, he is even put sentences is not matching with the rule, and that is the exact approval.

The title of this research is the approval with assembles in its applications in Islamic religiousness.

It consists of tow parts, the first part in four chapters, the first part in four chapters, the first part in four chapters, the first chapter, the first part in four chapters, the first chapter in clouds

the definition of the word approval, and the second and the chapter include the relationship of approval, which is the undone rule and the rule which is done. And the what is the cause which made us leave this rule. And not that one. In the forty chapter there are many things deals with approval and the working of arule is not unacceptable for legality, but it is just the right misedom which Holy Al-Quran and has ordered.

The second part consists of two chapters. The first one mentioned the scientists opinions and proves about the of approval and we mast keep on doing it, and we can through it make lots of proves. Also the approval which Al- Shafs, had refused is not the same the other scientists like abo- honeffa, accepted and carried out.

The second chapter, I talked kinds of approval and I cleaved that the cause which made us leave the rule it might be the holy Al-Quran or our profits saying's an one of our traditional things on the good of people and so as.

I finished my letter by mentioning what is results, we can get from this research. We can see the main and most important results are: all the scientist considered the approval highly in the action live, and it is most clear thing which proves the wideness and the flexibility of Islamic religiousness that means according to the approval that the legality. So we can see that changes in the human society can not stop the legality of Islam from changing and being a live and active.